



Gaetano Marcaccio

(dottore di ricerca in Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Roma Tre,
Dipartimento di Giurisprudenza)

**Identità religiosa e diritto alla salute.
Interazioni classiche ed emergenti ***

SOMMARIO: PARTE I: LE INTERAZIONI CLASSICHE - 1. Salute e religione, un tema tradizionale in evoluzione - 2. La "religione" come cura. Santoni e guaritori - 3. Libertà religiosa *versus* tutela della salute. Le pratiche di mutilazione genitale femminile - 4. (*segue*) La circoncisione maschile - PARTE II: LE INTERAZIONI EMERGENTI - 5. Il dissenso religioso al trattamento sanitario. Il caso dei testimoni di Geova, e non solo - 6. Le nuove frontiere di tutela della salute nella legge n. 219 del 2017. Gli effetti sull'identità religiosa del paziente-fedele - 7. (*segue*) Gli spazi di obiezione di coscienza del personale medico sanitario.

PARTE I

LE INTERAZIONI CLASSICHE

1 - Salute e religione, un tema tradizionale in evoluzione.

La crisi sanitaria da Coronavirus che da circa un anno sta investendo il nostro Paese ha riportato al centro del dibattito pubblico il diritto alla salute, un diritto sociale fondamentale¹ che vanta un antico legame con la religione, basato sulla loro identità di fini, ossia il benessere dell'individuo, sul sostegno autentico che la fede assicura da sempre all'ammalato e sullo storico impegno di confessioni e gruppi religiosi nell'erogare prestazioni sanitarie². Tale legame si è reso evidente con la

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ La base normativa di questa qualificazione è rappresentata dall'art. 32 della Costituzione, secondo cui "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività [...]". Tra l'altro, il diritto alla salute è l'unico diritto espressamente qualificato come fondamentale dai Padri costituenti, proprio a sottolineare l'interesse dell'ordinamento per siffatto valore costituzionale.

² Per un esame generale dell'interazione tra salute e religione, cfr. **B. SERRA**, *Valetudo et religio: radici e declinazioni di un rapporto indissolubile (coordinate preliminari)*, in *Valetudo et*



vasta partecipazione via tv e via internet alla preghiera contro la pandemia e benedizione *urbi et orbi* di papa Francesco³, ma anche con l'attenzione del Governo per le misure di sospensione (totale o parziale, a seconda delle diverse "fasi" di emergenza) delle funzioni religiose pubbliche, alla costante ricerca di soluzioni meno limitative possibili della libertà religiosa, compatibilmente alle esigenze di tutela della salute pubblica⁴.

A prescindere dai profili emergenziali, che sono una novità per tutti, storicamente il mondo giuridico si è differenziato da quello pubblico (*rectius*, del dibattito pubblico) in quanto si è sempre occupato dell'interazione tra salute e religione. Ha sempre studiato i profili di connessione tra questi due valori; e lo ha fatto anche di recente,

religio: intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso, a cura di B. SERRA, Giappichelli, Torino, 2020, p. 3 ss.; A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 305 ss.

³ G. GAMBASSI, *Coronavirus. Ascolti record in tv per la benedizione del papa: 17,4 milioni di italiani*, in *Avvenire*, 28 marzo 2020.

⁴ Tale argomento ha destato grande interesse anche nella comunità accademica: *ex multis*, cfr. P. CONSORTI (a cura di), *Law, religion and Covid-19 emergency*, DiReSoM Papers, maggio 2020; ID., *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta Online*, n. 1, 2020; A. FUCCILLO, *La religione "contagiata" dal virus? La libertà religiosa nella collaborazione Stato-chiesa nell'emergenza covid-19*, in *Olir.it*, 21 aprile 2020; V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *Olir.it*, 16 marzo 2020; ID., *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero, l'emergenza da COVID-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*, in *Olir.it*, 7 aprile 2020; ID., *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 8 del 2020; N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 7 del 2020; G. CIMBALO, *Il papa e la sfida della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 9 del 2020; A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, in *Settimananews*, 6 aprile 2020; D. MILANI, *Fede e salute al tempo del Coronavirus: per un primo bilancio a un mese dal lockdown*, in *Olir.it*, 8 aprile 2020; G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 9 del 2020; S. MONTESANO, *L'esercizio della libertà di culto ai tempi del coronavirus*, in *Olir.it*, 20 marzo 2020; ID., *La Chiesa Cattolica e il Governo: la bilateralità tra "leale collaborazione" ed emergenza*, in *Olir.it*, 12 maggio 2020. Per un'analisi più generale dei problemi giuridico-costituzionali sorti con l'emergenza sanitaria, cfr. T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta Online*, 30 marzo 2020; A. CELOTTO, *La quarantena dei diritti. Come una pandemia può sospendere le nostre libertà*, *Historica* ed., 2020; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus sul sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, n. 3, 2020.



affrontando questioni etico-religioso-giuridiche spinose quali la procreazione medicalmente assistita⁵, la maternità surrogata⁶, l'aiuto al suicidio⁷ e tanti altri.

L'interesse del diritto moderno per questi temi affonda le radici nello Stato laico sociale a matrice antropocentrica, un modello che l'Italia ha scelto di adottare con la Costituzione del 1948⁸ e per il quale l'ordinamento si impegna a tutelare le convinzioni religiose, anche atee o agnostiche, in tutti i momenti dell'esperienza umana, compresa la malattia. Tale antico rapporto tra salute e religione si è rinsaldato

⁵ *Ex multis*, cfr. **C. CARDIA**, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2007, p. 132 ss.; **L. D'AVACK**, *Il progetto di filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2019; **I. ZUANAZZI**, *La procreazione medicalmente assistita nel diritto canonico*, in **AA. VV.**, *Matrimonio e processo: la sfida del progresso scientifico e tecnologico*, LEV, Città del Vaticano, 2016, p. 133 ss.; **V. VALENTINI**, *La procreazione assistita tra etica e diritto. Orientamenti europei ed esperienza italiana*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 4, 2004, p. 627 ss.

⁶ *Ex multis*, cfr. **C. CARDIA**, *L'inumano strappo. Utero in affitto e diritti fondamentali*, in *Avvenire*, 3 giugno 2017; **G. DALLA TORRE**, *Il punto. Etica, politica, diritto*, Studium, Roma, 2016, p. 30 ss.; **M. DOVA**, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3, 2015, p. 917 ss. Per un confronto tra ordinamenti sul tema della maternità surrogata, cfr. **AA. VV.**, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 2, 2017, p. 683 ss.; **AA. VV.**, *Maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 4, 2016, p. 1117 ss.

⁷ *Ex multis*, cfr. **S. PRISCO**, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2018, p. 153 ss.; **A. LICASTRO**, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 14 del 2019; **A. RUGGERI**, *La disciplina del suicidio assistito è "legge" (o, meglio, "sentenza-legge")*, frutto di libera invenzione della Consulta (a margine di Corte cost. n. 242 del 2019), in *Quad. dir. e pol. eccl.*, fasc. 3, 2019, p. 633 ss.; **P. CARETTI**, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, p. 187 ss.; **N. COLAIANNI**, *Incostituzionalità prospettata e causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio: novità nella continuità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 2 del 2020; **A. PISU**, *Dignità e autodeterminazione alla fine della vita tra bioetica e biodiritto*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 1, 2020, p. 138 ss.; **C. CASONATO**, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2020, p. 303 ss.

⁸ Cfr. **C. CARDIA**, *Stato laico*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990; **S. LARICCIA**, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Dir. eccl.*, fasc. 2, 1995, p. 387. Sull'interazione tra salute e religione nello spazio europeo, cfr. **F. ALICINO**, *Diritto alla salute e fattore religioso nello spazio giuridico europeo. Alla ricerca di un laico e sostenibile pluralismo etico*, in *Federalismi - Focus Human Rights*, 5 febbraio 2020.



giuridicamente attraverso due processi evolutivi più recenti. Da una parte la valorizzazione dei profili identitari del malato nel processo di guarigione e dall'altra l'ampliamento degli spazi di autodeterminazione dell'individuo nelle scelte terapeutiche.

I legami giuridici moderni tra salute e religione si affermano a partire dallo Statuto costitutivo dell'*Organizzazione Mondiale della Sanità* (22 luglio 1946), il quale ha modificato in profondità il concetto giuridico di salute. Prima della sua adozione, essa identificava la mera assenza di malattia; nel Preambolo dello Statuto, la salute evolve invece in una situazione di "completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un'assenza di malattia o d'infermità". La variazione non è di poco conto, anzi inaugura una visione olistica che guarda all'uomo come a un insieme delle sue parti (corpo, mente e spirito) e non può più ignorare i suoi profili identitari a fronte di esigenze di mera prosperità fisica. La salute diventa, quindi, uno stato di benessere complessivo, raggiungibile contemperando l'assenza di malattia o di infermità con tutti i fattori personali che permettono all'individuo di stare bene nel corpo e nella mente. Nasce da qui l'esigenza di definire l'identità personale e di comprendere la sua capacità sia di influenzare la percezione di benessere complessivo, sia di condizionare le scelte e i comportamenti individuali, attivi o omissivi.

In un saggio del 2010, Giorgio Pino definisce l'identità personale come la "formula che riassume ciò che rende una persona ciò che essa è"⁹. Più in particolare, la qualifica come il risultato della commistione di molteplici fattori identitari che provengono da modelli diversi (culturali, religiosi, professionali, ideologici, ecc.), alcuni dei quali tendono a essere più "dispotici" o totalizzanti rispetto ad altri. "Un fattore notoriamente dispotico - afferma Pino - [...] è sicuramente quello religioso: spesso l'appartenenza religiosa di un individuo si rivela incompatibile con altre appartenenze, e vuole prevalere su di esse"¹⁰. L'affermazione evidenzia la

⁹ G. PINO, *L'identità personale*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, vol. del *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, p. 297. Analogamente, cfr. P. LILLO, *Il diritto all'identità religiosa negli ordinamenti statali*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, fasc. 2, 2015, p. 361, il quale afferma: "l'identità del soggetto fisico rappresenta l'insieme delle diverse note caratterizzanti l'essere umano e idonee ad individuarlo".

¹⁰ G. PINO, *L'identità personale*, cit., p. 300. In un altro saggio, lo stesso Giorgio Pino afferma "i valori religiosi sono considerati meno negoziabili (forse, non negoziabili affatto), e di conseguenza l'identità religiosa tende a colonizzare gli altri aspetti dell'identità personale", G. PINO, *Sulla rilevanza giuridica e costituzionale dell'identità religiosa*, in *Ragion pratica*, n. 45, dicembre 2015, p. 375.



forza intrinseca del fattore religioso, che è capace di ispirare e guidare gran parte delle scelte che l'individuo è chiamato a compiere nel corso della propria vita¹¹, comprese quelle in campo sanitario o *lato sensu* sanitario¹².

Il concetto di salute introdotto dall'OMS viene recepito di lì a poco dall'ordinamento italiano post-bellico, che nasce il 1° gennaio 1948 con l'entrata in vigore della Costituzione. Il nuovo assetto statutale mostra sin da subito grande attenzione per l'uomo e per i suoi diritti sociali, troppo a lungo lasciati ai margini. Tra questi, spicca per autorevolezza il diritto alla salute (art. 32 Cost.)¹³, che i Padri costituenti qualificano come "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività". Esso comprende il principio dell'autodeterminazione terapeutica¹⁴, racchiuso

¹¹ Cfr. **P. LILLO**, *Il diritto all'identità religiosa negli ordinamenti statali*, cit., p. 362; **A. FUCCILLO**, *Diritto, religioni, culture*, cit. I due Autori evidenziano altresì la capacità del fattore religioso di imporsi e prevalere sugli altri elementi identitari con cui dovesse eventualmente trovarsi in contrapposizione.

¹² Cfr. **F. FRENI**, *Le carte di autodeterminazione del malato come codici etici sul senso della vita*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, fasc. 1, 2015, p. 211: "è noto, del resto, che quando un individuo compie una scelta eticamente pregnante si muove sempre nell'ambito del proprio attuale orizzonte spirituale, sia esso religioso o filosofico, fideistico o laico, esercitando l'inviolabile diritto di libertà religiosa, sancito dall'art. 19 Cost. È la propria coscienza che si confronta con i temi forti proposti dalla vita; sono i valori in cui essa si riconosce in quel momento ad orientare le manifestazioni di volontà in ordine a problemi esistenziali. Ecco quindi che l'educazione ricevuta, le esperienze vissute, gli affetti nutriti, la fede professata, la cultura acquisita concorrono a costruire e a modellare nel tempo un senso personale del vivere che giustifica le correlate scelte". Analogamente, cfr. **B. SERRA**, *Valetudo et religio*, cit., p. 16 e p. 41.

¹³ Cfr. **L. MONTUSCHI, D. VINCENZI AMATO**, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti etico-sociali: artt. 29-34*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1976, p. 146 ss.; **G. ALPA**, *Salute (diritto alla)*, in *Nov. dig. it.*, App. vol. VI, UTET, Torino, 1986, p. 913 ss.; **R. FERRARA**, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, 4ª ed., UTET, Torino, 1997, p. 513 ss.; **P. PERLINGIERI, P. PISACANE**, *Art. 32*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. PERLINGIERI, ESI, Napoli, 1997, p. 205 ss.; **D. MORANA**, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002; **ID.**, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2015; **A. SIMONCINI, E. LONGO**, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, UTET, Torino, 2006, p. 655 ss.; **C. TRIPODINA**, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE, R. BIN, CEDAM, Padova, 2008, p. 321 ss.

¹⁴ L'autodeterminazione terapeutica fa parte di uno dei due livelli di garanzia che autorevole dottrina individua all'interno dell'art. 32 (**A. SIMONCINI, E. LONGO**, *Art. 32*, cit., p. 658). Un primo livello, negativo o passivo, "che si risolve nella pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole, predisponendo mezzi inibitori, ripristinatori e risarcitori nel caso di lesioni della sfera di salute individuale", come accade per la tutela dell'integrità psico-fisica o della salubrità dell'ambiente. Un



nel secondo comma dell'art. 32, per il quale "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"¹⁵. Tale disposizione riflette a pieno la visione olistica elaborata in ambito internazionale, infatti consente al singolo di prendere decisioni sanitarie anche pregiudizievoli da un punto di vista prettamente clinico, ma funzionali a soddisfare le predette esigenze identitarie¹⁶.

La rilevanza dei profili identitari in campo sanitario va infine crescendo con il multiculturalismo, ossia con la formazione di una società plurale all'interno della quale convivono persone con identità diverse¹⁷. Tale fenomeno produce problemi di diversa natura e di non facile soluzione, che vanno dall'impossibilità di fruire di determinati servizi sanitari per motivi religiosi o culturali¹⁸, alla esclusione di una proficua relazione terapeutica tra medico e paziente per limiti linguistici, culturali e religiosi, fino alla sostanziale cancellazione del diritto all'autodeterminazione del paziente-immigrato, che si verifica laddove il curante non abbia le conoscenze e le competenze per inserirsi nel modello interpretativo del curato, solitamente ancorato alla sua tradizione sanitaria e al suo sistema di credenze¹⁹. Anche queste problematiche, su cui non ci

secondo livello, positivo o attivo, "a cui si ricollega la pretesa positiva dell'individuo alla esistenza e utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari per la tutela della salute", vale a dire il diritto a ottenere le prestazioni sanitarie e quello alle c.d. scelte terapeutiche.

¹⁵ Per quanto riguarda i trattamenti sanitari obbligatori imposti dalla legge, è comunque necessario tener conto della limitazione posta dall'art. 32, secondo comma, seconda parte: "la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

¹⁶ Per consolidata giurisprudenza di legittimità, in tema di attività medico-sanitaria, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita: *ex multis*, cfr. Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

¹⁷ Cfr. E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *Bioetica e confessioni religiose. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 12 maggio 2006*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2008; A. VALLETTA, *Assistenza religiosa e sanità interculturale*, in *Valetudo et religio. Intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, a cura di B. SERRA, Giappichelli, Torino, 2020, sez. Comunicazioni, p. 227 ss.

¹⁸ Ad esempio, tendenzialmente la donna musulmana non può accedere a prestazioni sanitarie rese da personale di sesso maschile.

¹⁹ Un esempio su tutti è rappresentato dalla peculiare relazione tra medico e paziente nell'Islam, ove si "oscilla tra due poli: 1) quello tradizionale basato sul paternalismo medico e sul ruolo precettivo della famiglia; 2) quello individualistico e occidentalizzante fondato sull'autonomia e sul consenso del paziente", D. ATIGHETCHI, *Aspetti del morire nei contesti islamici*, in *Malattia, morte e cura. I musulmani e l'emergenza sanitaria*, a cura di A. CUCINIELLO, P. BRANCA, Vita e pensiero, Milano, 2020, p. 55.



soffermeremo²⁰, sollecitano un approccio sempre più identitario delle cure e del rapporto tra medico e paziente-fedele-immigrato, che comincia a trovare buoni riscontri sia tra il personale sanitario, sia negli studi sulla materia²¹.

Emerge da quanto sopra come i profili identitari, complice l'autodeterminazione sanitaria, influenzino in maniera consistente le scelte terapeutiche individuali. Quanto detto non deve fare pensare, però, a un diritto soggettivo illimitato e senza confini. Il diritto a disporre della propria salute incontra, al contrario, i limiti derivanti dal suo bilanciamento con l'interesse collettivo alla salute, anch'esso tutelato dalla Costituzione. Quest'ultimo rappresenta nel contempo un dovere dello Stato, quello di evitare ogni pregiudizio alla salute dei singoli, ma anche un interesse pubblico, quello all'integrità fisica dei consociati quale

²⁰ Si rimanda ai recenti lavori di **B. SERRA**, *Valetudo et religio*, cit., p. 45 ss., e di **R. MAZZOLA**, *Religioni, immigrazione e diritto alla salute. Il concetto di "salute" oltre le categorie "scientiste"*, in *Valetudo et religio. Intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, a cura di B. SERRA, Giappichelli, Torino, 2020, p. 90 ss.

²¹ Più nello specifico, si registra innanzitutto una sempre maggiore disponibilità del personale sanitario a formarsi per assecondare le esigenze identitarie di questa particolare "categoria" di pazienti. Appena dopo, si annota con favore il recente proliferare di studi e volumi tecnici volti a fornire a medici e infermieri strumenti utili per comprendere e approcciarsi alle esigenze del paziente-fedele-immigrato, e per coniugare il suo benessere fisico con la sua identità religiosa. Tra questi, ricordiamo: **AA.VV.**, *L'accoglienza delle differenze e specificità culturali e religiose nelle strutture sanitarie ospedaliere e territoriali della Regione Lazio. Raccomandazioni per gli operatori sanitari da parte delle comunità religiose*, Roma, 2011 (consultabile in <https://www.induismo.it/events/laccoglienza-delle-differenze-e-specificita-culturali-e-religiose-nelle-strutture-sanitarie-ospedaliere/>), redatto con il contributo della Regione Lazio; **AA. VV.**, *Salute: religioni e culture in corsia sono importanti*, 23 ottobre 2015 (consultabile in <http://www.retsolidali.it/salute-religioni-e-culture-in-corsia-sono-importanti/>), elaborato con l'ausilio dei Centri di Servizio per il volontariato del Lazio; **AA. VV.**, *Salute e identità religiose. Per un approccio multiculturale nell'assistenza della persona. Induismo - Buddismo - Ebraismo - Cristianesimo - Islam*, 2017 (consultabile in <http://www.prendercicura.it/ipc-wp/documenti/>), realizzato con l'aiuto della Regione Lombardia. A quest'ultimo indirizzo è possibile scaricare altresì la *Carta delle buone pratiche per il pluralismo religioso e l'assistenza spirituale nei luoghi di cura*. A ciò si aggiunga, poi, la nascita di una nuova disciplina, che va sotto il nome di "medicina delle migrazioni", che è oggetto di autonomo insegnamento nei Dipartimenti di Medicina delle Università e che è uno specifico servizio offerto nelle strutture sanitarie italiane. Il suo organo rappresentativo è la Società Italiana di Medicina delle Migrazioni (SIMM). In argomento, cfr. **M. AFFRONTI**, *I mille volti della migrazione e l'impegno della SIMM di ieri, di oggi, e di domani*, in *Dinamiche di salute e immigrazione tra continuità e nuovi bisogni. Atti del XV Convegno Nazionale SIMM, Catania, 18-20 aprile 2018*, a cura di M. BONCIANI, S. GERACI, M. MARCECA, A. RINALDI, M.L. RUSSO, Pedagogon, Bologna, 2018, p. 45 ss.



condizione per la loro partecipazione attiva allo sviluppo e al progresso della nazione.

In tale contesto un primo limite si pone quando la scelta sanitaria individuale sia capace di incidere profondamente e in maniera negativa sulla salute collettiva. In questo caso, l'opzione del singolo viene disattesa a vantaggio di quella che garantisce il benessere comune. È quanto accade ad esempio per le vaccinazioni obbligatorie, che rientrano nel novero dei trattamenti sanitari imposti dalla legge (art. 32, secondo comma, Cost.)²². Esse trovano forti opposizioni da parte dei movimenti no-vax²³, e tuttavia le istanze degli antivaccinisti sono destinate a rimanere inascoltate proprio in ragione della necessità di preservare la salute come interesse collettivo. In casi come questi, infatti, la limitazione della libertà individuale diventa necessaria, perché "può darsi che la salvezza dei molti, dipenda dal sacrificio dei pochi", afferma Michele Ainis ricordando la sentenza costituzionale sull'obbligo vaccinale contro la poliomielite²⁴.

Un altro limite coinvolge i casi in cui l'interesse collettivo alla salute viene garantito assicurandosi che la stessa sia affidata a soggetti adeguatamente formati. Anche in tal caso a essere preservata è la salute di tutti, cui si affianca l'adempimento dell'obbligo per lo Stato di garantire a ogni persona l'accesso a cure di qualità.

Va infine rilevato che né la tutela dell'identità, né l'autodeterminazione individuale, possono spingersi fino a legittimare condotte o interventi che incidono irrimediabilmente sull'integrità fisica della persona, tutelata dagli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione e anche all'art. 5 del Codice civile²⁵. In tal caso, ciò che prevale è l'interesse pubblico

²² Resta fermo il problema di stabilire in quali casi ricorrano quelle condizioni capaci di giustificare l'imposizione *ex lege* di un trattamento sanitario. Per Michele Ainis, tale imposizione può avvenire a due condizioni: "la ragionevolezza di questa misura e la sua proporzionalità alle condizioni di fatto in cui l'obbligo viene deciso. Deve sussistere un pericolo esterno, e l'obbligo deve essere proporzionato rispetto alle condizioni di questa situazione esterna": cfr. l'intervista rilasciata dall'autorevole giurista al quotidiano *Il Dubbio*: **F. SPASIANO**, *Vaccini obbligatori sì o no. La scelta tragica del nostro diritto*, in *Il Dubbio*, 2 gennaio 2021, p. 4.

²³ Alcuni movimenti no-vax si oppongono alle vaccinazioni obbligatorie anche per motivi propriamente religiosi: cfr. **M.L. LO GIACCO**, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 7 del 2020.

²⁴ Cfr. l'intervista rilasciata al quotidiano *Il Dubbio*: **F. SPASIANO**, *Vaccini obbligatori sì o no*, cit., p. 4.

²⁵ L'art. 5 del Codice civile prevede che "gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando



all'integrità fisica dei propri cittadini, sia in vista del richiamato apporto al progresso nazionale, sia quale misura della dignità della persona, valore collettivo su cui si ergono le democrazie mature.

Nel quadro tracciato, le interazioni tra salute e religione (*rectius* identità religiosa) possono suddividersi in tre grandi gruppi, che ritroveremo nel prosieguo del lavoro. Il primo attiene ai casi in cui la religione si sostituisce alla medicina ufficiale proponendosi come unica cura possibile al malessere fisico del fedele, come accade per santoni, guaritori e capi carismatici di nuovi movimenti religiosi o di frange autonome dei culti tradizionali. Il secondo racchiude le ipotesi in cui la religione impone al fedele dei comportamenti attivi capaci di incidere sulla sua salute o sulla sua integrità fisica, come nel caso della circoncisione o dell'infibulazione. Il terzo riguarda le ipotesi in cui la religione suggerisce al paziente una scelta sanitaria omissiva, che consiste nel rifiuto di uno o più trattamenti sanitari.

I tre gruppi registrano un diverso atteggiamento da parte della dottrina e della giurisprudenza. Rispetto al primo, sembrano essersi consolidate posizioni abbastanza stabili tanto in accademia quanto nella magistratura, le quali non dovrebbero patire grossi stravolgimenti nel prossimo futuro. Circa il secondo, si annotano invece significative divergenze dottrinarie soprattutto sulle modalità di gestione del problema delle mutilazioni genitali femminili in Occidente, da affrontarsi a nostro parere alla luce dell'universalismo dei diritti umani. Quanto al terzo, a diritti ormai consolidati, si affiancano recenti modifiche legislative che ampliano ulteriormente i confini dell'autodeterminazione terapeutica e della libertà religiosa del paziente, che diventa titolare di nuovi interessanti strumenti giuridici.

Un ulteriore profilo di interazione tra salute e diritto si ritrova infine nell'obiezione di coscienza del personale curante. L'identità religiosa infatti, oltre a influenzare il comportamento del paziente-fedele, può condizionare anche la condotta del sanitario il quale, in ragione della propria appartenenza di fede, può essere favorevole o meno a determinate pratiche. Fino a qualche decennio fa le richieste di obiezione di coscienza accendevano dibattiti molto intensi, via via sopiti dalla sedimentazione di norme capaci di riconoscere adeguata tutela alle esigenze di coscienza in tema di aborto, procreazione medicalmente assistita e sperimentazione animale. Tali materie registrano oggi una certa stabilità nel bilanciamento tra diritti, nient'affatto intaccata dalla persistente presenza di questioni

siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”.



minori e più particolari²⁶. L'obiezione di coscienza però è una materia viva, capace di porre sempre nuovi interrogativi, come quelli sorti con l'entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante "norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento". Ed è proprio su questo particolare aspetto che si soffermerà la nostra attenzione, non solo esaminando i confini di una normativa per vari aspetti farraginosi, ma anche tentando di proporre una possibile soluzione *de iure condendo* che riesca a bilanciare i diritti del malato con quelli del sanitario, evitando squilibri in favore dell'uno o dell'altro.

2 - La "religione" come cura. Santoni e guaritori

Nel nostro ordinamento, così come in quasi tutti gli ordinamenti occidentali, il diritto di libertà religiosa racchiude in sé una serie di componenti quali la libertà di coscienza, di autodeterminazione religiosa, di manifestazione del pensiero religioso, la libertà di culto, di propaganda e di cambiare opinione religiosa. È un diritto a duplice declinazione, individuale e collettiva, che l'ordinamento innalza a "valore di necessario completamento dell'essere umano"²⁷. La sua rilevanza e la sua ampiezza non giustificano, però, ogni azione religiosamente motivata. Al pari di ogni diritto, anche la libertà religiosa incontra dei limiti, che nell'attuale sistema di diritto ecclesiastico italiano si identificano con il rispetto della legge penale e dei diritti fondamentali.

²⁶ Residua nel dibattito scientifico la questione circa la legittimità e l'opportunità dei bandi di concorso inaugurati da alcune ASL per reclutare personale sanitario non obiettore, specificamente destinato al servizio di IVG. Un caso famoso ha riguardato l'Ospedale "San Camillo - Forlanini" di Roma che, di concerto con la Regione Lazio e il Commissario *ad acta*, nell'anno 2015 bandiva un "concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura, a tempo indeterminato, di un posto di Dirigente Medico, Disciplina Ostetricia e Ginecologia (da destinare al Settore del Day Hospital e Day Surgery) per l'applicazione della legge 194/1978 - interruzione volontaria di gravidanza -". Cfr. N. COLAIANNI, *Il concorso per medici non obiettori all'IVG e il signor Traps*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 8 del 2017; A. BURATTI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: spunti a partire da un recente bando per "non obiettori"*, in *forumcostituzionale.it*, 28 marzo 2017; G. VIGGIANI, *Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2019.

²⁷ L. MAI, *Il sentimento religioso come fattore di realizzazione personale e sociale nelle democrazie contemporanee*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., marzo 2007, p. 1.



La sussistenza di questi limiti condiziona l'estensione dell'identità religiosa, che è proiezione della libertà religiosa. E lo fa anche nel campo sanitario, soprattutto laddove la religione vuole sostituirsi alla medicina nella cura del paziente oppure quando il culto impone al fedele un comportamento attivo particolarmente significativo per la sua integrità fisica. In entrambi i casi, come accennato, entrano in gioco altri interessi di natura collettiva, e in particolare la tutela dell'integrità dell'individuo quale componente essenziale della dignità della persona, secondo il comune sentire. Un principio che costituisce un approdo di civiltà giuridico-culturale e che non si può lasciare nella totale disponibilità del singolo.

Il novero delle religioni che si sostituiscono alla medicina ufficiale proponendosi come unica cura possibile al malessere fisico del fedele è ridotto²⁸. Si tratta in genere dell'attività di santoni, guaritori, capi carismatici di nuovi movimenti religiosi o di frange autonome dei culti tradizionali che, privi delle qualifiche professionali richieste, prospettano ai loro seguaci la possibilità di superare la malattia - talvolta anche solo presunta, e non scientificamente provata - mediante la somministrazione di trattamenti da loro ritenuti risolutivi.

Nella storia giudiziaria italiana, una vicenda molto famosa è quella di Mamma Ebe, santona e fondatrice del movimento della *Pia Unione di Gesù misericordioso*, mai riconosciuto dalle autorità ecclesiastiche²⁹. Sulla scorta della sua fama di guaritrice, la donna gestiva circa quindici istituti sparsi su tutto il territorio nazionale, all'interno dei quali somministrava cure mediche estorcendo denaro e promettendo guarigioni miracolose. Per questi fatti, a metà anni Ottanta veniva accusata di associazione per delinquere, truffa, sequestro di persona, violenza privata, somministrazione di sostanze stupefacenti ed esercizio abusivo della professione medica. E veniva condannata a dieci anni di reclusione, ridotti

²⁸ Particolare è la posizione dei cristiani scienziati, i quali "da un punto di vista pratico [...] non rifiutano sistematicamente il ricorso alla medicina" e "si conformano agli obblighi di legge nel campo della sanità", **R. DERICQUEBOURG**, *La Christian Science*, ElleDiCi, Torino, 1999, p. 36.

²⁹ Sulle vicende giudiziarie di Mamma Ebe, cfr. Rapporto *Sette religiose e nuovi movimenti magici in Italia*, redatto dal Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno nel febbraio 1998; **S. CALVANI, M. MELIS**, *Gli schiavi parlano e i padroni confermano*, Manni ed., Lecce, 1999, p. 174; **M. LAMANUZZI**, *La Cassazione torna sul caso di "Mamma Ebe": l'attività di maghi e guaritori può integrare il delitto di associazione per delinquere finalizzata all'esercizio abusivo della professione medica*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2016, p. 1216 ss.



a sei in appello, con concessione dei domiciliari³⁰. Dopo avere scontato la pena, Mamma Ebe riprendeva la propria attività; indi, pativa nuove e ulteriori condanne³¹. L'ultima è abbastanza recente ed è racchiusa in una sentenza della Corte di Cassazione del 2016 che, da un lato, fornisce una chiara descrizione dell'intreccio tra salute e religione che caratterizza tutti i casi che rientrano nel "primo gruppo", dall'altro stabilisce interessanti principi di diritto da estendere anche a eventuali situazioni analoghe³².

Sotto il primo aspetto, la Corte afferma che l'imputata è una "figura carismatica, ritenuta dotata di poteri taumaturgici ed esorcistici", che ospitava presso una sua struttura curativa dei malati ai quali venivano praticati massaggi corporei, "cui seguiva l'imposizione delle mani con benedizione e preghiera di liberazione". Effettuava diagnosi, prescriveva farmaci, anche in contrapposizione ai pareri e ai dosaggi dei medici, praticava una particolare terapia agopunturale e sosteneva, in virtù dei poteri terapeutici che si auto-attribuiva, "di avere ridotto la massa tumorale di un paziente, che avrebbe potuto ridurre ancor di più se lo avesse visto prima, e di avergli fatto un massaggio al cuore perché aveva un soffio". Il quadro descritto dalla Corte evidenzia in maniera netta il profilo di sostituzione della religione alla medicina ufficiale. L'avvicendamento che ne consegue innesca un circolo vizioso particolarmente pericoloso, poiché suscita nel fedele la convinzione che l'intervento propriamente medico sia meno efficace dell'imposizione delle mani del santone di turno.

All'interno di questo schema sostitutorio si inserisce il diritto, il quale tutela l'interesse individuale e collettivo alla salute assicurandosi che la stessa sia affidata a soggetti adeguatamente preparati e qualificati. Per fare questo, l'ordinamento da un lato individua i requisiti necessari allo svolgimento dell'attività medica con specifici strumenti legislativi, dall'altro punisce colui che esercita abusivamente la professione sanitaria applicando l'art. 348 del codice penale ("esercizio abusivo di una professione"). Tale disposizione, che ha carattere generale e trova spazio anche fuori dal perimetro propriamente medico, assicura che alcune professioni particolarmente delicate siano esercitate soltanto da chi

³⁰ Cfr. Corte di Appello di Torino, sent. 21 maggio 1985, in *Giurispr. merito*, fasc. 2, 1986.

³¹ Sul punto, si rimanda a **M. LAMANUZZI**, *La Cassazione torna sul caso di "Mamma Ebe"*, *cit.*, p. 1218.

³² Cass. pen., sez. VI, sent. 15 marzo 2016, n. 13213, con nota di **M. LAMANUZZI**, *La Cassazione torna sul caso di "Mamma Ebe"*, *cit.*



possiede accertati requisiti morali e professionali³³. Requisiti che, per l'attività medico-chirurgica, si conseguono con la laurea e l'abilitazione professionale³⁴.

Il limite posto all'esercizio delle professioni mediche è forte, ma non esclude contatti tra medicina e religione. Al contrario, l'ordinamento riconosce ai Culti il diritto di fornire sostegno psicologico alle persone malate³⁵, e il diritto di creare strutture sanitarie a ispirazione confessionale³⁶. Al tempo stesso, però, con il reato di esercizio abusivo della professione evita il diffondersi di attività parasanitarie (non autorizzate né tantomeno qualificate) che vorrebbero fondare la loro liceità sul movente religioso, ma che sono potenzialmente pericolose per la salute di chi vi si sottopone.

³³ *Ex multis*, cfr. **G. MARCONI**, *Abusivo esercizio di una professione (art. 348 c.p.)*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. CATENACCI, Giappichelli, Torino, 2011, p. 249 ss. In linea generale l'art. 348 c.p. tutela l'interesse dello Stato a che quella determinata attività sia svolta da persone qualificate; nello specifico campo della medicina, la richiamata disposizione tutela anche il diritto alla salute: "per l'esercizio dell'agopuntura è richiesto il conseguimento della laurea in medicina: colui che la pratici, sprovvisto di tale titolo, commette il reato di cui all'art. 348 c.p., volto alla tutela della salute pubblica", Cass. pen., sez. VI, 27 marzo 2003, n. 22528.

³⁴ Questi due requisiti sono indicati in varie sentenze di legittimità, ove si afferma che per l'esercizio dell'attività medica "è necessaria una specifica laurea e una altrettanto specifica abilitazione" (Cass. pen. sez. VI, 26 gennaio 2016, n. 8885; analogamente, cfr. Cass. pen., sez. VI, 15 marzo 2016, n. 13213).

³⁵ Si pensi in tal senso alla normativa sull'assistenza spirituale negli ospedali: *ex multis*, cfr. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Principi e temi*, Roma TrE-Press, Roma, 2021, p. 123 ss. "Studi recenti, condotti prevalentemente da centri di ricerca statunitensi, hanno anche rivelato quanto positiva sia l'incidenza del fattore religioso sul livello di benessere psicofisico di un individuo e quanto elevate siano le possibilità di guarigione o di difesa da rischi patologici", **M. PETTINATO**, *Religione e guarigione: libertà religiosa e principio di autodeterminazione in materia di salute mentale (salus aegroti suprema lex o voluntas aegroti suprema lex)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 17 del 2019, p. 21; con espresso rimando alla bibliografia citata dall'autrice nella nt. 63.

³⁶ Con particolare riferimento all'esperienza cattolica, cfr. **A. MADERA**, *Gli ospedali cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici*. Tomo I: *Gli ospedali cattolici negli U.S.A.*, Milano, Giuffrè, 2004, e Tomo II: *Gli enti ospedalieri cattolici (prospettiva comparatistica)*, Giuffrè, Milano, 2007; **C. ELEFANTE**, *Enti ecclesiastici ospedalieri, sanità pubblica e spending review*, Giappichelli, Torino, 2014; **V. MARANO**, *Enti cattolici "classificati" e assistenza ospedaliera. Identità e servizio alla prova del diritto comune*, in *Valetudo et religio. Intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, a cura di B. SERRA, Giappichelli, Torino, 2020, p. 73 ss.



Il limite contenuto nell'art. 348 c.p. non intacca nemmeno i diritti costituzionali del paziente-fedele o la sua identità religiosa. Egli rimane libero di curarsi come, dove e quando vuole, salvo il caso dei trattamenti sanitari obbligatori. Può recarsi in un ospedale pubblico, in una struttura convenzionata con il SSN, in un nosocomio privato - sia esso laico o confessionalmente ispirato - e può addirittura rivolgersi a un santone o a un guaritore. In questo ultimo caso, il suo comportamento non è punibile né sconta dei limiti, ma costituisce espressione di quell'ampia libertà (terapeutica e religiosa) prevista dagli artt. 32 e 19 della Costituzione. In questa ipotesi, però, la posizione di debolezza e fragilità del paziente viene tutelata dalla previsione di una norma penale generale (art. 348 c.p.) che mira proprio a evitare che egli possa incautamente affidarsi a persone non qualificate all'esercizio dell'*ars* medica, possa essere da queste irriso o, peggio ancora, ingannato.

3 - Libertà religiosa *versus* tutela della salute. Le pratiche di mutilazione genitale femminile

Il secondo gruppo di interazione tra salute e religione racchiude i casi in cui l'appartenenza di fede impone un comportamento attivo capace di incidere sulla salute o sull'integrità fisica del soggetto. In queste ipotesi il corpo del fedele si fa simbolo di identità, come accade per le mutilazioni genitali femminili oppure per la circoncisione. Per queste pratiche l'ordinamento prevede dei limiti differenti, stante il loro differente modo di atteggiarsi rispetto ai diritti umani e la loro diversa capacità di incidere sul diritto fondamentale all'integrità fisica della persona e sulla salute come interesse collettivo.

L'espressione *mutilazioni genitali femminili* individua un insieme di pratiche molto eterogenee, accomunate dalla capacità di determinare l'asportazione totale o parziale degli organi genitali delle donne o il mutamento dei loro caratteri sessuali. Esse si dividono solitamente in tre tipologie: la clitoridectomia, ossia la rimozione totale o parziale del clitoride; l'escissione, cioè l'asportazione del clitoride e delle piccole labbra; l'infibulazione, che è la forma più brutale, la quale consiste sia nella clitoridectomia e nell'escissione, sia nel raschiamento delle grandi labbra finalizzato a farle aderire e cicatrizzare insieme, in modo da ricoprire completamente l'apertura della vagina, a parte un piccolo orifizio



per il deflusso dell'urina e del sangue mestruale³⁷. Sono rituali a matrice principalmente culturale, diffusi in vaste zone dell'Africa e dell'Asia³⁸, che mutano a seconda dell'area socio-culturale e geografica sia nella tipologia e modalità di esecuzione, sia nel numero dei casi e nelle motivazioni sottese. Se in alcune regioni esse costituiscono la più bassa manifestazione del controllo sulla sessualità e sul corpo della donna, in altre aree sono ritenute interventi funzionali a migliorare la salute o lo *status* personale e sociale di chi vi è sottoposta³⁹.

L'insieme di queste pratiche si pone in stridente contrasto con i diritti umani, non solo per le devastanti conseguenze fisiche e psicologiche che producono⁴⁰, ma anche per le compressioni che esse determinano in termini di uguaglianza uomo-donna, di non discriminazione in ragione del sesso e di libertà sessuale della donna. In tal senso si è espressa con particolare forza l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella Risoluzione *Intensificare gli sforzi globali per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili*, la quale ha qualificato questi rituali come "an irreparable, irreversible abuse that impacts negatively on the human rights

³⁷ Cfr. Dossier *Le mutilazioni genitali femminili*, curato dal Coordinamento minori di Amnesty International, anno 2020. Ancora più specifica la classificazione fatta dall'*Organizzazione Mondiale della Sanità*: cfr. **WORLD HEALTH ORGANIZATION**, *Female genital mutilation*, Key facts, 3 febbraio 2020 (<http://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>), la quale alle tre tipologie di mutilazione già elencate ne aggiunge una quarta, che include tutte le altre procedure dannose per i genitali femminili che non hanno scopi medici, come pungere, perforare, incidere, raschiare e cauterizzare l'area genitale.

³⁸ Secondo l'*Organizzazione Mondiale della Sanità*, "more than 200 million girls and women alive today have been cut in 30 countries in Africa, the Middle East and Asia where FGM is concentrated" (**WORLD HEALTH ORGANIZATION**, *Female genital mutilation*, cit.). Analogamente, cfr. **UNICEF**, *Female genital mutilation/cutting: a global concern*, New York, 2016. Tali pratiche sono riscontrate in Africa (Benin, Burkina Faso, Camerun, Ciad, Costa d'Avorio, Egitto, Eritrea, Etiopia, Gambia, Ghana, Gibuti, Guinea, Guinea-Bissau, Kenya, Liberia, Mali, Mauritania, Niger, Nigeria, Repubblica Centro Africana, Senegal, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Togo, Tanzania, Uganda), ma anche nelle zone dello Yemen, dell'India, dell'Iraq, dell'Indonesia, della Malesia, dell'Afghanistan e in altri Paesi del Medio-oriente e dell'Asia.

³⁹ Sulle radici socio-culturali delle pratiche di MGF, cfr. **F. BASILE**, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2007, pp. 51-52; **T. DI IORIO**, *Identità negate. Mutilazioni genitali femminili: la lotta dell'Europa contro una silenziosa violenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 12 del 2019, p. 7 ss.

⁴⁰ Cfr. **WORLD HEALTH ORGANIZATION**, *Female Genital Mutilation*, cit., **UNICEF**, *Female genital mutilation/cutting: a global concern*, cit.



of women and girls”⁴¹. La fermezza delle posizioni assunte rappresenta l’epilogo di un percorso lungo, cominciato nei primi anni Novanta⁴², che ancora oggi impegna in maniera costante e progressiva le organizzazioni internazionali e gli attivisti per i diritti umani⁴³. Impegno che se da un lato raccoglie frutti rilevanti, come la recentissima criminalizzazione di tali pratiche in un Paese difficile qual è il Sudan⁴⁴, dall’altro è messo a dura prova dalle temute previsioni di probabile incremento delle pratiche mutilatorie nei prossimi quindici anni⁴⁵.

La globalizzazione, le migrazioni di massa e le fusioni di etnie, culture e popoli degli ultimi decenni hanno espanso il fenomeno delle MGF anche in Occidente e, più in particolare, in Europa⁴⁶, ove alcuni soggetti dell’immigrazione tentano di riprodurle. L’impronta laica del costituzionalismo contemporaneo tipico del Vecchio continente impone agli ordinamenti dei Paesi ospitanti di non opporsi acriticamente alle religioni, alle culture e alle tradizioni diverse da quelle locali, ma di aprirsi a esse solo “nei limiti di un ragionevole e sostenibile pluralismo etico, i cui confini sono tracciati in base al rispetto della persona umana, la sua dignità e libertà”⁴⁷. Ed è proprio il superamento dei contenuti essenziali

⁴¹ Cfr. Risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite *Intensificare gli sforzi globali per l’eliminazione delle mutilazioni genitali femminili* (A/Res/67/146), 20 dicembre 2012.

⁴² Cfr. Dichiarazione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite *Sull’eliminazione della violenza contro le donne*, 20 dicembre 1993; Piattaforma d’azione approvata alla IV^o Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne, svoltasi a Pechino 4-15 settembre 1995; Dichiarazione del Cairo *Per l’eliminazione delle MGF*, ratificata nel giugno del 2003 da ventotto Stati africani e arabi durante la conferenza regionale delle Nazioni Unite.

⁴³ Cfr. Risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite *Sulla messa al bando universale delle mutilazioni genitali femminili* (A/C.3/67/L.21/Rev.1), 20 dicembre 2014.

⁴⁴ “La legge è stata approvata il 22 aprile 2020: chiunque venga sorpreso a eseguire una qualsiasi forma di mutilazione genitale femminile, sia in ambulatorio o struttura ospedaliera sia all’esterno, verrà condannato a tre anni di prigione e al pagamento di una multa”, Dossier *InDifesa 2020. La condizione delle bambine e delle ragazze nel mondo*, a cura di TERRE DES HOMMES; nonché *Sudan criminalises female genital mutilation*, (<https://www.bbc.com/news/world-africa-52502489>). Tra gli altri Stati che hanno adottato norme repressive, si ricordino in particolare l’Egitto e il Kenya. Resta aperta, però, la questione delle mutilazioni “abusive”, praticate soprattutto in ambiente domestico.

⁴⁵ Cfr. Dossier *Le mutilazioni genitali femminili*, curato dal Coordinamento minori di Amnesty International, anno 2020.

⁴⁶ Sulla diffusione delle pratiche di MGF in Europa, cfr. Rapporto *Estimation of girls at risk of female genital mutilation in the European Union-Belgium, Greece, France, Italy, Cyprus and Malta*, pubblicato dall’Istituto europeo per l’uguaglianza di genere il 9 novembre 2018.

⁴⁷ F. ALICINO, *Diritto alla salute*, cit., p. 7.



della dignità della persona a destare l'attenzione dell'opinione pubblica e dei giuristi, che si oppongono all'indiscriminata estensione di tali pratiche alle terre di accoglienza, in ragione della loro collisione con l'interesse collettivo alla salute e, più in generale, con i diritti umani, che rappresentano norme pre-giuridiche, proprie di ogni uomo in quanto tale.

Da qualche anno a questa parte l'Europa e i singoli Stati che la compongono mostrano un impegno crescente nella condanna più ferma delle pratiche di mutilazione, da tutti ritenute un problema da risolvere⁴⁸. Particolarmente significative sono le parole del Parlamento europeo nella sua Risoluzione *Sulle mutilazioni genitali femminili* del 2001⁴⁹, che le qualifica come un atto di violenza intollerabile, contrario ai diritti delle donne e delle bambine sanciti dalle Convenzioni internazionali e dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, e ingiustificabile sulla scorta di qualsivoglia tradizione culturale o cerimonia di iniziazione⁵⁰. All'interno di questa cornice culturale e giuridica, ulteriormente rafforzata nel corso degli anni⁵¹, si inserisce la legge italiana del 9 gennaio

⁴⁸ Nella Relazione adottata il 3 maggio 2001, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa chiede di vietare la pratica delle mutilazioni sessuali femminili, considerandole un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU. Nel caso *Emily Collins and Ashley Akaziebie v. Sweden* (appl. 23944/05, 8 marzo 2007), la Corte europea dei diritti dell'Uomo afferma che l'esecuzione di una MGF su una donna costituisce un maltrattamento contrario all'art. 3 della CEDU. Si ricordi nell'ambito del Consiglio d'Europa, l'adozione della Convenzione *sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, più nota come Convenzione di Istanbul, entrata in vigore il 1° agosto 2014, il cui art. 38 è dedicato alle MGF.

⁴⁹ Risoluzione del Parlamento europeo *Sulle mutilazioni genitali femminili* (2001/2035(INI)), 20 settembre 2001.

⁵⁰ La ferma condanna dell'UE è stata ribadita anche di recente, in occasione della *Giornata internazionale della tolleranza zero nei confronti delle mutilazioni genitali femminili* del 6 febbraio 2019, ove l'Unione ha affermato il suo impegno a porre fine alle MGF entro il 2030: cfr. *Mutilazioni genitali femminili. Giornata internazionale della tolleranza zero. La Ue dice "basta"*, in *Quotidiano sanità* (www.quotidianosanita.it).

⁵¹ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo *Sulla lotta contro le mutilazioni sessuali femminili praticate nell'UE* (2008/2071(INI)), 24 marzo 2009; Risoluzione del Parlamento europeo *Sull'abolizione delle mutilazioni genitali femminili* (2012/2684(RSP)), 14 giugno 2012; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Verso l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili*, COM (2013) 833 final; Risoluzione del Parlamento europeo *Sulla comunicazione della Commissione dal titolo: "Verso l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili"* (2014/2511(RSP)), 6 febbraio 2014; Risoluzione del Parlamento europeo *Sulla tolleranza zero per le mutilazioni genitali femminili (MGF)* (2017/2936(RSP)), 7 febbraio 2018. In dottrina, *ex multis*, cfr. **L. BELLUCCI**, *Le mutilazioni genitali femminili come reato di genere? Un'analisi delle norme europee alla luce del concetto di violenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26 del 2018, p. 4 ss.; **T. DI IORIO**,



2006, n. 7, che disciplina la materia delle MGF in maniera unitaria⁵². Essa introduce novità su un duplice fronte: da un lato, crea due fattispecie specifiche di reato, ossia gli artt. 583 bis e 583 ter c.p.⁵³; dall'altro prevede peculiari strumenti di educazione, sensibilizzazione e sostegno alle vittime.

La prima tipologia di intervento ha aperto numerose questioni, afferenti sia alla necessità di una normativa penale speciale contro il fenomeno mutilatorio, sia alla bontà delle disposizioni adottate⁵⁴. Senza entrare nel dettaglio, per quanto di nostro interesse è sufficiente constatare che la riferita azione legislativa è sintomatica, ancora una volta, della volontà dell'ordinamento di apporre un limite all'interazione tra salute e

Identità negate, cit., p. 12 ss.

⁵² Molti Stati, tra cui l'Italia, hanno tentato di disciplinare la materia con leggi *ad hoc*, altri invece hanno ritenuto sufficiente attenersi alle disposizioni di diritto penale generale. In relazione a queste due opposte tendenze, cfr. **A. GENTILOMO**, *Mutilazioni genitali femminili. La risposta giudiziaria e le questioni connesse*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2007.

⁵³ In applicazione della Convenzione del Consiglio d'Europa firmata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, la legge 1° ottobre 2012, n. 172, ha introdotto l'attuale quarto comma dell'art. 583 bis, secondo cui laddove il fatto sia stato commesso dal genitore o dal tutore, determinerà una pena accessoria consistente - rispettivamente - nella decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale e nell'interdizione perpetua dall'ufficio attinente alla tutela, curatela e amministrazione di soggetto.

⁵⁴ Su tutti questi profili, tra i tanti, cfr. **N. COLAIANNI**, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 188 ss.; **F. PALAZZO**, *Considerazioni conclusive*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Giuffrè, Milano, 2006; **A. BERNARDI**, *L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, in *Politica dir.*, n. 1, 2007, p. 9; **A. GENTILOMO**, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., p. 9 ss.; **F. BASILE**, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, cit., p. 54 ss.; **ID.**, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 24 del 2013; **P. CONSORTI**, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2009, p. 20 ss.; **C. PECORELLA**, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011; **G. CASUSCELLI**, *Nozioni di diritto ecclesiastico*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 380 ss.; **T. DI IORIO**, *Segni sul corpo e ferite nell'anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 25 del 2016, p. 6 ss.; **ID.**, *Le mutilazioni genitali femminili tra misure di prevenzione e di contrasto: prospettive per l'eradicazione del fenomeno in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 33 del 2019, p. 35 ss.; **F. ALICINO**, *Diritto alla salute*, cit., p. 18 ss., che analizza sia la normativa interna, sia quella di altri Paesi europei.



religione laddove questo risulti funzionale a ribilanciare i diversi valori in gioco⁵⁵. Limite che, a onor del vero, sarebbe sussistito anche senza la nuova disciplina speciale, ma continuando ad applicare le disposizioni di diritto penale generale sulle lesioni personali⁵⁶. In entrambi i casi, infatti, l'ordinamento avrebbe ostacolato una condotta ritenuta riprovevole, sebbene con un grado di intensità differente.

La seconda tipologia di intervento, ossia la previsione di strumenti di educazione, sensibilizzazione e sostegno alle vittime, ha avuto invece uno sviluppo multiforme e vanta ancora potenzialità enormi, che sul lungo periodo possono avere effetti molto più intensi delle norme meramente repressive⁵⁷. Particolarmente significativi sembrano essere i progetti che coinvolgono i *leader* delle singole comunità, il cui carisma può facilitare la penetrazione dei diritti umani all'interno delle diverse aggregazioni⁵⁸, oppure i programmi di *empowerment* delle donne, volti a fare acquisire a queste ultime consapevolezza di sé e del controllo sulle proprie scelte, o ancora i propositi di aumento degli standard di protezione per i richiedenti asilo per motivi relativi alle MGF⁵⁹.

Secondo alcuni studiosi alle norme repressive e a quelle educative dovrebbero affiancarsi anche interventi "simbolici", che agevolerebbero l'avvicinamento delle culture favorevoli alle MGF alle ragioni giuridiche di chi le osteggia. Un'esperienza più volte richiamata è quella del rito

⁵⁵ Per un esame della giurisprudenza sugli artt. 583 bis e 583 ter, cfr. Corte d'Appello di Venezia, 23 novembre 2012, in *Corriere del Merito*, n. 7, 2013, p. 763 ss.; Trib. Verona, 14 aprile 2010, in *Massima redazionale*, 2012.

⁵⁶ Prima dell'adozione della legge n. 7 del 2006, infatti, la giurisprudenza ha adoperato proprio le fattispecie delle lesioni gravi e gravissime per giudicare i tre casi sottoposti alla sua attenzione. Cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 224-225.

⁵⁷ La legge n. 7 del 2006 prevede l'acquisizione di dati nazionali e internazionali sull'attività di prevenzione alle MGF, la realizzazione di programmi di cooperazione internazionale e di campagne informative, la promozione di attività di monitoraggio dei casi pregressi presso le strutture sanitarie e i servizi sociali, l'emanazione di linee guida per le figure professionali sanitarie e per quelle che operano con le comunità di immigrati, e l'istituzione di un numero verde per le vittime. Tra gli interventi concreti più rilevanti si ricordino, in particolare, l'Intesa del 6 dicembre 2012 della Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome concernente il sistema di interventi da sviluppare per la prevenzione e il contrasto del fenomeno delle mutilazioni genitali femminili di cui all'art. 3, L. 7/2006; oppure le Linee Guida per sanitari e per operatori scolastici che vengano a contatto con il fenomeno.

⁵⁸ In tal senso, cfr. lett. I, Risoluzione 2017/2936, *cit.*

⁵⁹ *Ivi*, n. 13.



simbolico proposto nel 2004 dal *Centro di Riferimento Regionale Prevenzione e Cura Complicanze da MGF* dell'ospedale "Carreggi" di Firenze, che suggeriva una mera puntura di spillo sulla mucosa esterna del clitoride dopo breve e temporanea anestesia locale, finalizzata a fare sgorgare qualche goccia di sangue⁶⁰.

A ben vedere, un approccio del genere apre tre questioni rilevanti e di difficile soluzione. La prima, e più importante, attiene alla difficoltà di raccordare la mutilazione simbolica con la portata pre-giuridica, non negoziabile e universale dei diritti umani⁶¹, la quale verrebbe messa in crisi dalla legittimazione - o, per alcuni, addirittura dalla incentivazione - di rituali che, sebbene simbolici, ratificano di fatto pratiche fondate sull'offesa alla parità di genere, all'uguaglianza uomo-donna, alla libertà sessuale di quest'ultima e alla sua salute psico-fisica⁶². La seconda, più concreta, è la scarsa capacità del rito simbolico di evitare l'emarginazione sociale interna alla comunità migrante che patisce la donna non sottoposta alla mutilazione così come prescritta dalla tradizione⁶³. La terza è l'inadeguatezza di tale pratica a escludere il "rischio che [la bambina],

⁶⁰ Cfr. **F. BASILE**, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza*, cit., p. 23, nt. 55. La proposta è stata fortemente sostenuta dai medici Lucrezia Catania e Omar Abdulcadir (**L. CATANIA, O.H. ABDULCARID**, *Ferite per sempre. Le mutilazioni genitali femminili e la proposta del rito simbolico alternativo*, Derive e Approdi, Roma, 2005), e ha trovato il favore di una certa dottrina (*ex multis*, cfr. **C. PASQUINELLI**, *Ascoltate quel medico*, in *Jura gentium*, 2005, consultabile in <https://www.juragentium.org/forum/mg/sunna/it/pasquine.htm>). Essa però è stata bocciata dal Consiglio regionale della Toscana, così come riferisce lo stesso Fabio Basile richiamando la mozione n. 709 del 3 febbraio 2004.

⁶¹ *Ex multis*, cfr. **C. CARDIA**, *Genesi dei diritti umani*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2005; **V. BUONOMO**, *Proliferazione e soggettivismo nei diritti umani degli ultimi decenni*, in *Diritti umani, speranza e delusioni*, a cura di J.T. MARTÍN DE AGAR, EDUSC, Roma, 2015, secondo cui "la dignità umana, infatti, non muta in relazione alle coordinate geografiche, agli accadimenti storici o alle diversità culturali [...] ma mantiene la sua unicità di natura e di valore anche come elemento costitutivo dei diritti fondamentali, a meno che non la si escluda" (p. 50).

⁶² "La prima e più pressante questione che la proposta di ritualizzazione mi pare sollevi è: essa non rischierebbe di perpetrare le logiche del dominio maschile sulle donne, traducendo in chiave simbolica una pratica che manterrebbe comunque - sebbene attutita - la sua portata discriminatoria?", **F. TEDESCO**, *Sulla sunna rituale*, in *Jura gentium*, 2005 (in <https://www.juragentium.org/forum/mg/sunna/it/tedesco.htm>).

⁶³ Tale difficoltà può emergere analizzando il rapporto che lega mutilazione, comunità e famiglia, per il cui esame si rimanda a **L. BELLUCCI**, *Le mutilazioni genitali femminili come reato di genere?*, cit., p. 12 ss.



recandosi in Africa, magari per fare visita ai nonni, sia sottoposta lì alla sunna tradizionale e cruenta che conosciamo”⁶⁴.

A fronte di queste censure, condivise anche dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 2017 *Sulla tolleranza zero per le mutilazioni genitali femminili*⁶⁵, la strada maestra appare quindi la diffusione di una coscienza del disvalore delle pratiche mutilatorie, poiché offensive della persona in quanto tale e contrarie ai diritti umani, che sono i diritti di tutti e “sono sempre le leggi del più debole contro la legge del più forte, che ben può essere la legge espressa dalle loro stesse culture”⁶⁶. Ancor più nel caso delle MGF, che non sono scelte dalle bambine, ma vengono loro imposte⁶⁷.

4 - (segue) La circoncisione maschile

A differenza delle *mutilazioni genitali femminili*, l’atteggiamento dell’ordinamento nei confronti della circoncisione è maggiormente accogliente. Essa consiste nell’asportazione totale o parziale del prepuzio⁶⁸ e viene praticata per motivi sanitari, di solito connessi alla patologia anatomica della fimosi⁶⁹, ma anche per ragioni di natura religiosa o

⁶⁴ F. TEDESCO, *Sulla sunna rituale*, cit.

⁶⁵ Cfr. n. 11, Risoluzione 2017/2936, cit.: “Il Parlamento europeo [...] deplora la crescente medicalizzazione in alcuni Paesi e insiste sul fatto che questa è una risposta inaccettabile per affrontare le cause profonde, come già stabilito dall’ONU e dall’OMS; invita gli Stati membri a vietare esplicitamente la medicalizzazione delle MGF, aumentando nel contempo la consapevolezza del personale medico in merito a tale problema”.

⁶⁶ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 344.

⁶⁷ Sul punto è interessante aggiungere quanto rileva Francescomaria Tedesco sempre in relazione alla proposta toscana della c.d. puntura di spillo. “C’è un’altra questione: gli interlocutori. Se pure le donne africane residenti in Toscana si fossero espresse favorevolmente sulla proposta di “sunna rituale” (e non lo hanno fatto, anzi si sono dette contrarie), esse però lo avrebbero fatto parlando con la voce dei loro uomini: si parla di introiezione dei codici semantici dei dominanti (o di preferenze adattive). In altri termini, i dominati sanno parlare solo il linguaggio dei dominanti, percepiscono sé stessi solo mediante gli strumenti che i dominanti forniscono loro (violenza simbolica ed epistemica). Non operare il disvelamento di questa violenza può contribuire a perpetrarla”, F. TEDESCO, *Sulla sunna rituale*, cit.

⁶⁸ *Ex multis*, cfr. L. VALLETTI, *Circoncisione*, in *Enc. med. it.*, vol. III, USES, Firenze, 1974, p. 2394 ss.

⁶⁹ La fimosi è il restringimento dell’orifizio prepuziale. Può essere congenita o acquisita: nel primo caso il restringimento si manifesta sin dalla nascita o dai primi anni



semplicemente culturale. Rientrano nel primo caso gli ebrei e una discreta parte di musulmani, per cui la circoncisione soddisfa dei precetti fideistici ed è simbolo di identità religiosa⁷⁰. Compongono invece il secondo gruppo alcune comunità etniche che eseguono questa pratica per ragioni culturali o tradizionali, non già religiose, al cui interno troviamo anche delle collettività di fede cristiana, soprattutto copta.

Il diverso atteggiamento dell'ordinamento nei confronti della circoncisione risiede nelle forti differenze con le pratiche infibulatorie. L'affinità tra le due sta nell'intaccare gli organi genitali e nel fatto che, nella quasi totalità dei casi, esse sono praticate su un minore o addirittura su un neonato con pochi giorni di vita. A parte questo, nel confronto si registrano notevoli diversità, le quali hanno natura sia medico-scientifica, sia socio-giuridica. Per le prime, è sufficiente constatare che l'*Organizzazione Mondiale della Sanità*, a fronte delle dure critiche rivolte alle MGF, addirittura consiglia la pratica della circoncisione quale misura preventiva per gli uomini che presentano un elevato rischio di contrarre l'HIV⁷¹. Quanto alle seconde, si evidenzia l'assenza alla base della circoncisione di quegli intenti discriminatori, di controllo e di limitazione di diritti e della libertà che invece caratterizzano le mutilazioni genitali femminili.

L'incidenza della circoncisione sulla salute è quindi assai ridotta, ragion per cui da un lato manca un'ipotesi specifica di reato volta a sanzionarla, come accade per le MGF, dall'altro annota il radicarsi di un orientamento giurisprudenziale che, sebbene reputi tale condotta astrattamente sussumibile nelle lesioni personali, la ritiene scriminata ai sensi dell'art. 50 c.p. (consenso dell'avente diritto).

L'indirizzo è esposto in una sentenza della Corte di Cassazione penale del 2011 che si occupa del caso di una giovane donna nigeriana da

di vita; nel secondo si manifesta in età adulta in un uomo che, sino ad allora, non aveva avuto alcun problema.

⁷⁰ *Ex multis*, cfr. **A. ANGELUCCI**, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 18 ss., il quale evidenzia le ragioni della circoncisione sia nel diritto ebraico sia in quello islamico; **V. FRONZONI**, *Processi di inclusione dell'Islam negli ordinamenti europei. Diritto e religione in prospettiva comparata*, L. Pellegrini, Cosenza, 2020, p. 213 ss., il quale inquadra dogmaticamente l'istituto della circoncisione nel diritto islamico, evidenziando che lo stesso trova fondamento nella sunna profetica.

⁷¹ Cfr. *WHO and UNAIDS announce recommendations from expert consultation on male circumcision for HIV prevention*, 28 marzo 2007 (consultabile in <https://www.who.int/hiv/mediacentre/news68/en/>).



poco giunta in Italia, la quale aveva sottoposto il figlio neonato a un intervento di circoncisione tradizionale - quindi, culturale - eseguito da un soggetto non abilitato alla professione medica⁷². Il processo riguarda l'imputazione della madre per concorso in esercizio abusivo della professione, reato che gli Ermellini ritengono non integrato per l'*ignorantia legis* inevitabile in cui versa la donna⁷³. La pronuncia che lo conclude, però, dedica ampi spazi anche all'esame della disciplina giuridica della circoncisione rituale ebraica, dimostrando il desiderio dei giudici di legittimità di approfondire e pronunciarsi pure su questo argomento, benché non necessario ai fini del decidere.

A detta della Corte tale pratica integra in astratto il reato di lesione personale, ma si tratta di una condotta scriminata dal consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.)

“prestato validamente ed efficacemente dai genitori del neonato, per il compimento di un atto che rientra tra quelli consentiti di disposizione del proprio corpo (art. 5 c.c.), in quanto non determina una menomazione irreversibile con indebolimento permanente e non modifica sostanzialmente il modo d'essere dell'individuo sotto il profilo dell'integrità funzionale o sotto quello della capacità di vita di relazione”.

In altre parole, sebbene il trattamento in oggetto provochi una “malattia” ai sensi dell'art. 582 c.p., esso non determina nessuna compressione funzionale, pertanto può essere validamente scriminato dal consenso dell'avente diritto (generalmente, i genitori)⁷⁴. La ricostruzione giurisprudenziale si regge, quindi, sulle determinazioni scientifiche che ritengono la circoncisione una pratica non dannosa - o meglio, scarsamente dannosa - per la persona⁷⁵. Tra queste spiccano per

⁷² Cass. pen., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646.

⁷³ Secondo la Corte, il reato contestato non può ritenersi integrato per mancanza dell'elemento soggettivo, in quanto l'imputata versa in uno stato di *ignorantia legis* inevitabile che non le consente di percepire l'illiceità della condotta. Per approfondimenti, cfr. **D. GALASSO**, *Circoncisione, reato culturalmente orientato ed ignoranza scusabile della legge penale*, in *Dir. e giust. online*, Quotidiano del 27 novembre 2011; **E. D'IPPOLITO**, *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da “fattori culturali” come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2012, p. 3711 ss.

⁷⁴ Cfr. **T. DI IORIO**, *Segni sul corpo e ferite nell'anima*, cit., pp. 12-13; **A. LICASTRO**, *La questione della liceità della circoncisione “rituale” tra tutela dell'identità religiosa del gruppo e salvaguardia del diritto individuale alla integrità fisica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 22 del 2019, pp. 50-51.

⁷⁵ In ciò si differenziano dalle mutilazioni genitali femminili, che l'Organizzazione



autorevolezza le argomentazioni del Comitato Nazionale di Bioetica, secondo cui “la circoncisione, nonostante lasci tracce indelebili e irreversibili, non produce, nondimeno, ove correttamente effettuata, menomazioni o alterazioni nella funzionalità sessuale e riproduttiva maschile”⁷⁶. A esse e a molte altre opinioni simili⁷⁷, si contrappone in verità qualche posizione più critica, che però costituisce un filone scientifico minoritario, incapace di ribaltare i termini giuridici della questione⁷⁸.

La circoncisione non incontra quindi un limite assoluto di esecuzione né per via speciale, come accade invece per le MGF con la previsione di una specifica ipotesi di reato⁷⁹, né sulla base del diritto comune. Essa non è percepita come un’attività contraria ai *mores*, né rappresenta una pratica capace di ledere irrimediabilmente la dignità della persona. Non viene praticata per manifestare la superiorità di un sesso sull’altro o per limitare la sfera sessuale di chi vi è sottoposto, quanto più

Mondiale della Sanità identifica con qualsiasi procedura che riguarda la rimozione totale o parziale dei genitali femminili esterni o altre lesioni agli organi genitali femminili per ragioni non mediche (consultabile in <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/>).

⁷⁶ Cfr. **COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA**, *La circoncisione: profili bioetici*, 25 settembre 1998, secondo cui “in diversi casi essa [cioè la circoncisione] è stata effettuata specificamente a fini profilattici e igienici”, come accade nei neonati per prevenire infezioni del tratto urinario nell’infanzia.

⁷⁷ Su tutte, cfr. **AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS - TASK FORCE ON CIRCUMCISION**, *Circumcision Policy Statement*, in *Pediatrics*, vol. CXXX, n. 3, 2012. In relazione a esse, però, autorevole dottrina precisa: “negli Stati Uniti, neppure per i suoi più convinti sostenitori, la pratica della circoncisione può trovare legittimazione dal solo punto di vista sanitario (profilattico), in quanto i benefici (messi in luce da diversi studi) sono considerati soltanto quali elementi capaci di legittimare una scelta delle famiglie da maturare alla luce di particolari convinzioni religiose, etiche o personali”, **A. LICASTRO**, *La questione della liceità della circoncisione “rituale”*, cit., p. 35.

⁷⁸ Cfr. **M. FRISCH ET AL.**, *Cultural Bias in the AAP’s 2012 Technical Report and Policy Statement on Male Circumcision*, in *Pediatrics*, vol. CXXXI, n. 4, 2013; **J.S. SVOBODA, P.W. ADLER, R.S. VAN HOWE**, *Ethical and legal issues in pediatrics: Circumcision is unethical and unlawful*, in *Journal of law, medicine & ethics*, vol. XLIV, n. 2, 2016; **E. RASSBACH**, *Coming soon to a Court near you: religious male circumcision*, in *University of Illinois Law Review*, n. 4, 2016. La tesi scientifica secondo cui la circoncisione provoca danni alla salute e alla psiche di chi vi è sottoposto, se riuscisse a prevalere sull’altra creerebbe serie difficoltà al ragionamento giuridico seguito dai giudici di legittimità.

⁷⁹ L’assenza di tale limite non è una peculiarità solo italiana, ma rispecchia una tendenza generale e diffusa, che ha sollevato vibranti proteste da parte dei gruppi religiosi interessati negli ordinamenti in cui si è cercato di sovvertire la tendenza. Cfr. **A. LICASTRO**, *La questione della liceità della circoncisione “rituale”*, cit., pp. 41-42.



per motivi di profilassi sanitaria, recepiti e fatti propri anche da norme religiose e culturali⁸⁰. Tale sua liceità in astratto non esclude, però, la sussistenza di altri e diversi limiti, connessi principalmente al fatto che siamo di fronte a un trattamento capace di cagionare pericolo alla salute.

L'ordinamento manca di una legge generale sulla circoncisione, e cioè di un atto propriamente normativo che specifichi, tra le altre cose, il soggetto che può praticarla, in quale luogo possa farlo e secondo quali tecniche⁸¹. Così come manca di accordi specifici con le confessioni interessate, come ad esempio la previsione di un articolo dedicato nell'Intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche. Ciò nonostante, nel panorama italiano ed europeo sono stati adottati una serie di strumenti di *soft law* che tendono a stimolare la realizzazione virtuosa di tale pratica, assicurando il rispetto di alcuni standard sanitari minimi o incentivandone la così detta medicalizzazione, vale a dire sollecitandone l'esecuzione da parte di personale medico all'interno di strutture qualificate. Tra questi atti di *soft law* spiccano per importanza alcune Risoluzioni e Raccomandazioni adottate dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa⁸², le quali, sebbene giuridicamente non vincolanti, hanno

⁸⁰ Secondo altra dottrina, invece, la circoncisione non terapeutica determina una estensione inaccettabile del potere educativo dei genitori i quali, laddove decidessero di farla eseguire sul figlio minore, legittimerebbero una pratica che, per quanto poco invasiva possa essere, intacca per sempre la sua integrità fisica. Cfr. **T. DI IORIO**, *Segni sul corpo e ferite nell'anima*, cit., p. 12 ss.; **S. GARETTI**, *Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minore: il caso della circoncisione rituale infantile*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 4, 2017, p. 1421 ss.; **A. LICASTRO**, *La questione della liceità della circoncisione "rituale"*, cit., p. 29 ss. Un autorevole precedente è rinvenibile in una famosa espressione di Arturo Carlo Jemolo, che in poche battute evidenzia la complessità della questione: "non si può dimenticare che il battesimo, porta dei sacramenti e atto necessario di riscatto per i credenti, non è che un atto indifferente per l'incredulo. Non si potrebbe invece dire lo stesso per una circoncisione, che lascia un segno indelebile", **A.C. JEMOLO**, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1979, p. 178.

⁸¹ Sull'esigenza di un intervento legislativo, cfr. **V. FRONZONI**, *La circoncisione maschile in Occidente. Discriminazioni e pronunce giurisprudenziali*, in *Dir. e rel.*, Quad. monografico 2. Suppl. Riv. anno XV n. 1, 2020.

⁸² Cfr. Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1952/2013, *Children's right to physical integrity*; Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 2023/2013, *Children's right to physical integrity*; Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 2076/2015, *Freedom of religion and living together in a democratic society*, punto 9; Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 2080/2015, *Freedom of religion and living together in a democratic society*. Per un commento, cfr. **A. ANGELUCCI**, *La circoncisione non terapeutica in Italia, tra valetudo e religio: criticità e prospettive per un simbolo religioso nello spazio europeo*



comunque grande peso politico. Accanto a esse si pone il già citato parere del Comitato Nazionale di Bioetica⁸³, così come il *Protocollo di Intesa per la prevenzione della circoncisione rituale clandestina* tra il Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e la Federazione Italiana Medici Pediatri, che impegna i professionisti a intercettare le intenzioni delle famiglie di voler accedere alla pratica della circoncisione, di informarle sulle implicazioni e sulle possibili complicanze, di sconsigliare il ricorso a tali pratiche al di fuori dall'ambiente sanitario e, eventualmente, indirizzarle verso un centro di riferimento⁸⁴.

Tutto ciò ha stimolato la sottoscrizione di qualche accordo virtuoso tra enti pubblici e confessioni religiose interessate, volto a garantire la realizzazione sicura della pratica circoncisoria all'interno di strutture sanitarie adeguatamente attrezzate, con personale qualificato e a un prezzo ragionevole⁸⁵. Ma non basta. Sarebbe auspicabile infatti un intervento più profondo, che assicuri a livello nazionale la possibilità di fruire di questa prestazione tramite il Servizio Sanitario Nazionale⁸⁶. A oggi, invece, lo Stato italiano include la sola circoncisione terapeutica nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), cioè nell'elenco di prestazioni che il SSN è tenuto ad assicurare a tutti gli assistiti, gratuitamente o dietro pagamento di un ticket⁸⁷. Differente è la scelta operata da alcuni Servizi

della libertà religiosa, in *Valetudo et religio. Intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, a cura di B. SERRA, Giappichelli, Torino, 2020, sez. Comunicazioni, p. 6 ss.

⁸³ Cfr. **COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA**, *La circoncisione*, cit., punto 3.2.

⁸⁴ Cfr. *Protocollo di intesa per la prevenzione della circoncisione rituale clandestina* tra il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e la Federazione Italiana Medici Pediatri (FIMP), 18 settembre 2008.

⁸⁵ Un primo esempio è il *Progetto clinico-culturale "Circoncisione rituale nella popolazione di religione ebraica e nella popolazione di religione musulmana"*, nato il 23 novembre 2016 dalla collaborazione tra l'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Umberto I" di Roma, la Comunità Ebraica di Roma e il Centro Islamico Culturale d'Italia. Questo progetto offre un servizio sanitario a pagamento, in regime di attività libero-professionale, a un prezzo concordato con l'Ufficio Rabbinico di Roma e il Centro Islamico Culturale d'Italia, al fine di consentire un'assistenza medica adeguata alla pratica della circoncisione non terapeutica, che riguarda sia l'intervento vero e proprio, sia le consulenze preparatorie e le visite di controllo. Un altro progetto simile al precedente è stato recentemente promosso dall'Ospedale "Martini" di Torino, il quale è riuscito a proporre anche un prezzo più basso per l'espletamento della prestazione.

⁸⁶ Una delle ultime richieste in tal senso è pervenuta il 2 marzo 2019 dalla *Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e odontoiatri*.

⁸⁷ Cfr. Allegato 4 del DPCM 12 gennaio 2017, *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, che annovera la sola circoncisione terapeutica.



Sanitari Regionali i quali, in applicazione del principio che consente loro di utilizzare risorse proprie per garantire servizi e prestazioni aggiuntive (ma mai inferiori a quelle incluse nei LEA), presso le loro Strutture offrono l'esecuzione dell'intervento circoncisorio anche se richiesto per fini meramente religiosi⁸⁸. Sarebbe desiderabile l'estensione di tale visione a tutto il territorio nazionale poiché la stessa, a fronte di un incremento minimo della spesa pubblica, garantirebbe un grande avanzamento morale della società, la quale, in applicazione di quella laicità positiva e di quell'attenzione per i diritti fondamentali che contraddistinguono il nostro ordinamento, si mostrerebbe pronta a spalmare su tutti i contribuenti il costo di un intervento che consentirebbe alla minoranza ebraica e musulmana di esercitare la loro libertà religiosa in tutta sicurezza, e senza rischi per la salute⁸⁹.

In verità, in una recente seduta della *Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza* che ha avuto a oggetto proprio il tema della circoncisione religiosa, ebraica e musulmana, i rappresentanti dell'UCEI hanno dichiarato che l'inserimento della circoncisione rituale minorile nei LAE "non possa rappresentare una adeguata soluzione al problema"⁹⁰. È ragionevole supporre che la loro affermazione sia giustificata dal desiderio che a occuparsi del rito circoncisorio sia il *mohel*, figura confessionale a cui il mondo ebraico affida da secoli l'esecuzione della *milah*. Nella medesima occasione essi hanno anche reso noto ai membri della Commissione di disporre di un adeguato numero di medici professionisti dotati della qualifica religiosa di circoncisore. Tale dato, però, lascia irrisolta la questione del luogo in cui eseguire la pratica. E nel bilanciamento tra libertà religiosa e diritto alla salute sarebbe difficile giustificare una circoncisione eseguita da un medico/*mohel*, ma in un luogo non sicuro.

⁸⁸ Un esempio è la Regione Toscana: cfr. Delibera di Giunta Regionale 3 giugno 2002, n. 561.

⁸⁹ In tal senso sembra esprimersi anche la *Società Italiana di Pediatria*, la quale - con un comunicato del 1° agosto 2016 - «rivendica il diritto alla salute e all'uguaglianza di ogni bambino "senza distinzione di razza, di colore, di sesso, di religione" (art. 3 Costituzione Italiana, art. 2 - art. 24 Convenzione di New York, 1989) e ribadisce la necessità di emanare esplicite direttive a livello nazionale atte ad assicurare ai genitori, che intendono sottoporre a CRM il proprio figlio, la possibilità di accesso alle strutture sanitarie pubbliche e/o convenzionate del nostro SSN con percorsi definiti e con costi accessibili alla famiglia richiedente, nel rispetto delle vigenti norme di tutela della privacy».

⁹⁰ *Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza*, Resoconto sommario n. 28 del 23 ottobre 2019.



Il problema del soggetto materialmente deputato a praticare la circoncisione rituale è stato affrontato anche dalla giurisprudenza, che ha fornito però una soluzione censurabile sotto diversi punti di vista. Il riferimento è alla già citata sentenza della Corte di Cassazione penale del 2011, con la quale gli Ermellini distinguono tra circoncisione rituale ebraica e circoncisione tradizionale di cui al caso di specie. Sul piano ontologico precisano che l'una soddisfa esigenze religiose, mentre l'altra asseconda bisogni culturali; sul piano giuridico invece, benché lascino intendere che entrambe incidano sull'integrità fisica della persona ed entrambe siano scriminate dal consenso dell'avente diritto, riconoscono soltanto alla prima, quella rituale ebraica, la possibilità di essere praticata da chi non è medico.

Secondo la Corte, la circoncisione praticata dagli ebrei sul neonato è implicitamente riconosciuta dalla legge di attuazione dell'Intesa con l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane (l. 8 marzo 1989, n. 101)⁹¹. Essa "deve [...] ritenersi non in contrasto con il nostro ordinamento e ha una preminente valenza religiosa che sovrasta quella medica". In ragione di ciò - continua la Corte - "giammai il *mohel* potrebbe incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione medica". Differente, invece, è il caso della circoncisione tradizionale, che dovrebbe essere affidata a un soggetto dotato delle specifiche qualifiche mediche, pena la violazione del disposto di cui all'art. 348 c.p.

Tale soluzione si discosta dalla linea tracciata dagli strumenti di *soft law*, i quali spingono affinché la circoncisione rituale venga eseguita da personale sanitario in ambienti consoni. Inoltre, esalta in maniera forse eccessiva la componente religiosa, dimenticando di bilanciarla adeguatamente con le esigenze di tutela della salute del circonciso.

⁹¹ Il riferimento è al combinato disposto dell'art. 2, primo comma, e dell'art. 25, della legge n. 101 del 1989. *Contra*, cfr. **A. CESERANI**, *Quando la circoncisione maschile diventa reato culturalmente motivato*, in *Dir. eccl.*, fasc. 1-2, 2012, p. 395: "l'importanza della materia e la natura dei beni in gioco avrebbero forse richiesto che l'Intesa contenesse un riconoscimento esplicito [della legittimità della circoncisione], tanto più se s'intende lo strumento pattizio quale mezzo per la tutela delle specificità della confessione e, quindi, delle esigenze dei suoi appartenenti". Quest'ultima posizione è ulteriormente rafforzata dalle dichiarazioni rilasciate dal Presidente dell'Unione delle comunità ebraiche italiane, Noemi Di Segni, alla seduta del 23 ottobre 2019 della *Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza*, ove ritiene "necessario che questa materia sia affrontata nel quadro della legge n. 101 del 1989 recante norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane e nel rispetto del principio di libertà religiosa, evitando interventi legislativi frettolosi e adottati sulla spinta dell'emotività".



Il confuso argomentare della Cassazione, poi, non chiarisce nemmeno le ragioni giuridiche in virtù delle quali la figura confessionale ebraica non incorra nel reato di esercizio abusivo della professione. La pronuncia lascia presagire due diverse motivazioni, non schierandosi mai per l'una o per l'altra. In alcuni passaggi, lascia intendere che l'operato del *mohel* sia scriminato dall'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.), quello di libertà religiosa⁹². In altri, sembra giustificarlo sulla base del fatto che nel nostro ordinamento è presente una fonte legislativa particolare - la legge che recepisce l'Intesa con l'UCEI - che ritiene così affidabile il gruppo confessionale che pone in essere tale rituale al punto da attribuirgli la possibilità di farlo praticare dal soggetto indicato dalla confessione, anche se non medico⁹³. Soggetto che, "oltre alla conoscenza della normativa

⁹² Tanto sembra emergere laddove la Suprema Corte afferma "la circoncisione rituale praticata dagli ebrei su neonato [...] ha una preminente valenza religiosa che sovrasta quella medica, con l'effetto che giammai il *mohel* potrebbe incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione medica"; dichiarazione a cui segue una decisa sottolineatura della rilevanza costituzionale del diritto di libertà religiosa. Accanto a questa affermazione ve n'è un'altra: nel giudicare la condotta dell'imputata, la Corte afferma che "la scelta operata dalla predetta va letta come espressione della cultura dalla medesima interiorizzata nell'ambito della comunità di provenienza e nulla ha da condividere con la circoncisione rituale di matrice religiosa praticata dagli ebrei, sicché non è invocabile, nella specie, l'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa". Sulla scorta di tali dichiarazioni, **A. ANGELUCCI**, *Dietro la circoncisione*, cit., p. 49, ritiene che "per la giurisprudenza, dunque, nell'ipotesi della circoncisione rituale (ebraica), è possibile invocare la scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 cod. pen.) e quella dell'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa (art. 51 cod. pen.)".

⁹³ Secondo la Corte, "il diritto [...] non può sottovalutare la delicatezza dell'intervento di circoncisione, che, per quanto semplice, interferisce comunque sulla integrità fisica della persona, comporta una manipolazione del corpo umano potenzialmente rischiosa per la salute e oggettivamente, pur in assenza di preventive finalità terapeutiche, è sostanzialmente un atto di natura medica (trattasi di vero e proprio intervento chirurgico), che non può essere affidato al libero esercizio di una qualsiasi persona, ma deve essere eseguito, di norma, da un medico, che è soggetto professionalmente attrezzato per assolvere tale compito. Né, nella situazione in esame, che attiene - come si è precisato - alla circoncisione motivata da tradizioni etniche, soccorre, a differenza di quanto previsto per il rito religioso ebraico, una qualche previsione legislativa del nostro ordinamento, che legittimi una tale pratica, sganciata da ogni regola". Sulla base di tale dichiarazione, **A. LICASTRO**, *La questione della liceità della circoncisione "rituale"*, cit., pp. 63-64, afferma che "la deroga alla necessità del possesso del titolo abilitativo all'esercizio della professione medica è da ricondurre a una (implicita) previsione dell'Intesa che disciplina i rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche e non alle generiche garanzie di libero esercizio della fede religiosa. Altrimenti ragionando, bisognerebbe ammettere che la condotta punita dall'art. 348 c.p. risulterebbe sempre scriminata qualora



religiosa, [dispone] anche di conoscenze mediche certificate da un diploma rilasciato da una commissione composta da rabbini e da medici del Ministero della Salute israeliano”, e fa parte - quantomeno in Italia - di un “albo dei *mohelim*, che viene comunicato dall’Unione delle Comunità Ebraiche Italiane al Ministero della Salute e che il Ministero si limita a recepire”⁹⁴.

La differenza non è di poco conto. Solo laddove si accedesse alla prima ricostruzione, anche la circoncisione rituale islamica - di cui la Cassazione non parla - troverebbe copertura e potrebbe essere eseguita dal soggetto confessionale non medico, la cui condotta di esercizio abusivo della professione sarebbe scriminata dall’art. 51 c.p.. Se invece prevalesse la seconda tesi, la mancanza di un’Intesa tra lo Stato italiano e la rappresentanza confessionale musulmana⁹⁵ - e, quindi, l’assenza del “marchio” di affidabilità - non consentirebbe all’esperto religioso islamico privo di adeguate qualifiche mediche di procedere alla circoncisione rituale senza incorrere nella violazione dell’art. 348 c.p..

Vi è di più. La disorganica motivazione della Suprema Corte non consente di comprendere nemmeno cosa accada in caso di circoncisione rituale (ebraica o islamica) praticata su un soggetto che non sia neonato. Per gli israeliti tale situazione è remota, ma comunque possibile, investendo ad esempio tutti coloro che si convertono all’ebraismo in tarda età oppure quelli che, per un motivo o per un altro, non sono stati sottoposti al trattamento all’ottavo giorno di vita. Per i musulmani invece è la regola, in quanto il rituale circoncisorio si pratica di solito intorno ai sette anni⁹⁶. La pronuncia in oggetto non tiene conto di questo aspetto, e

posta in essere in collegamento con una pratica motivata da ragioni religiose, a prescindere dall’esistenza o no di un’intesa”.

⁹⁴ A. ANGELUCCI, *Dietro la circoncisione*, cit., p. 22 ss. In relazione a quest’ultima, è opinabile la conclusione a cui giunge l’A., secondo cui il mero recepimento dell’albo dei *mohelim* da parte del Ministero della Salute rappresenta implicita autorizzazione a effettuare gli interventi circoncisori. Per una critica a queste conclusioni, cfr. A. LICASTRO, *La questione della liceità della circoncisione “rituale”*, cit., p. 52: “la stessa istituzione di una sorta di albo dei *mohelim*, di cui dà notizia la dottrina, pur potendo offrire opportune garanzie aggiuntive in termini di verifica delle competenze dei circoncisori non medici, avrebbe dovuto essere, in qualche modo, disciplinata dall’intesa, comportando una specifica forma di collaborazione tra Stato e confessione”.

⁹⁵ Sul tema, *ex multis*, cfr. C. CARDIA, G. DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia: identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁹⁶ Cfr. V. FRONZONI, *La circoncisione maschile in Occidente*, cit., pp. 124-125, il quale evidenzia altresì che nell’Islam la circoncisione rappresenta la transizione dall’infanzia all’età adulta e determina l’ingresso effettivo nella società confessionale, costituendo il



ritiene non integrato il reato di esercizio abusivo della professione riferendosi sempre e solo alla circoncisione rituale ebraica praticata su neonato.

“Non è chiaro - precisa Angelo Licastro - se la particolare esenzione dal titolo abilitativo ritenuta operante per la circoncisione rituale praticata dagli ebrei possa valere anche se (eccezionalmente) eseguita su persona adulta, dovendosi, in questo caso, tenere conto della maggiore complessità dell'intervento e del rischio molto più elevato per la salute cui si va incontro”⁹⁷.

Precisazione, questa, che sarebbe risultata davvero necessaria in termini di coerenza generale della *ratio decidendi*, a prescindere dall'apprezzabile abitudine degli adulti di fede ebraica di recarsi in ospedale o in clinica per essere circoncisi⁹⁸.

PARTE II

LE INTERAZIONI EMERGENTI

5 - Il dissenso religioso al trattamento sanitario. Il caso dei testimoni di Geova, e non solo

Il legame tra identità religiosa e diritto alla salute, oltre alle interazioni classiche esaminate nella prima parte del saggio, sviluppa anche interazioni emergenti. Rispetto alle prime, che vantano soluzioni tendenzialmente univoche e stabili⁹⁹, le seconde stanno attraversando un vortice di novità che sta riscrivendo i confini del rapporto tra identità religiosa e diritto alla salute. Al loro interno rientrano due grandi temi: da un lato il dissenso religioso al trattamento sanitario, dall'altro l'obiezione di coscienza sanitaria. Settori che, negli ultimi anni, registrano modifiche legislative ed evoluzioni giurisprudenziali importanti, connesse sia

presupposto per poter praticare l'atto di culto più importante per i musulmani, ossia la preghiera.

⁹⁷ A. LICASTRO, *La questione della liceità della circoncisione "rituale"*, cit., p. 64.

⁹⁸ Cfr. A. ANGELUCCI, *Dietro la circoncisione*, cit., pp. 23 e 34.

⁹⁹ Tanto accade sia con la fissazione di limiti giuridici precisi entro cui le pratiche "religiose" possono sostituirsi alla medicina ufficiale (cfr. par. 2, parte I), sia con l'individuazione di confini oltre i quali l'appartenenza di fede non può imporre al fedele comportamenti commissivi capaci di incidere profondamente sulla sua salute o sulla sua integrità fisica (cfr. parr. 3 e 4, parte II).



all'introduzione (o alla mancata introduzione) di strumenti giuridici nuovi, sia all'emersione di primissimi orientamenti giurisprudenziali che sembrano voler stemperare la portata di alcuni elementi che in passato limitavano l'autodeterminazione terapeutico-religiosa del paziente-fedele.

Senza anticipare ulteriormente quanto approfondiremo nelle pagine che seguono, ma richiamando lo schema elaborato all'inizio della parte I, il terzo gruppo di interazione tra salute e religione ricomprende le ipotesi in cui l'identità religiosa impone al paziente-fedele un comportamento sanitario di natura omissiva. In questi casi, l'appartenenza di fede spinge il paziente a rifiutare una o più cure, anche a rischio di morire. Un tipico esempio riguarda i pazienti testimoni di Geova, che in ragione delle loro credenze di fede rifiutano la pratica medica della trasfusione del sangue e degli emoderivati, anche se salvavita¹⁰⁰.

Intorno a tale precetto si è sviluppato un ampio dibattito giuridico, che ha aperto grandi interrogativi. Il primo riguarda la capacità di respingere un trattamento sanitario per motivi religiosi. In linea generale, ogni persona è esclusiva titolare delle decisioni in materia sanitaria ed è pienamente capace di esprimere in tutta autonomia l'assenso o il dissenso a una cura. Tale diritto è delineato dall'art. 32, secondo comma, della Costituzione, secondo cui "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge". Esso conosce due sole eccezioni: da un lato l'incapacità per minore età, che esamineremo nel prosieguo, per interdizione, inabilitazione o simili¹⁰¹; dall'altro il caso del trattamento sanitario obbligatorio imposto dalla legge¹⁰².

L'estensione della libertà di scelta terapeutica iscritta nell'art. 32 della Costituzione è legata, come già osservato, alla visione olistica della salute, ma anche al superamento della visione paternalistica classica del rapporto medico-paziente, secondo la quale il primo imponeva al secondo

¹⁰⁰ Il rifiuto dei testimoni di Geova si fonda sull'interpretazione che essi danno di alcuni passi biblici (*Genesi* 9:14; *Levitico* 17:10; *Deuteronomio* 12:23; *Atti* 15:28, 29). In argomento, cfr. **F. PAPINI**, *Rispetto della persona umana o divieto di rifiutare le emotrasfusioni per motivi religiosi?*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 1, 2017, p. 104 ss.

¹⁰¹ *Ex multis*, cfr. **B. VIMERCATI**, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano, 2014.

¹⁰² L'interazione tra salute e religione presenta dei problemi anche in relazione ad alcuni trattamenti sanitari imposti dalla legge. Uno dei più rilevanti riguarda l'opposizione religiosamente motivata alle vaccinazioni obbligatorie, per la cui analisi si rimanda a **M.L. LO GIACCO**, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza*, cit.



la cura ritenuta migliore alla luce del suo incontestabile giudizio tecnico¹⁰³. Con la Costituzione del '48, e ancor più con la legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale¹⁰⁴, prende forma una nuova concezione relazionale tra curante e curato, in virtù della quale "il medico mette la sua competenza e professionalità e il paziente il suo vissuto, i propri valori e le proprie esigenze, per giungere insieme alla determinazione di una cura"¹⁰⁵. Il mutamento diventa via via più marcato ed esalta sempre più il ruolo del paziente, che partecipa in maniera attiva, ma soprattutto decisiva, alle scelte necessarie a tutelare al meglio la propria salute.

In tale quadro evolutivo, da qualche anno a questa parte, sulla scorta di un'apprezzabile reinterpretazione degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, dottrina e giurisprudenza affermano con forza la sussistenza di un vero e proprio diritto del paziente di opporsi al trattamento sanitario che gli viene proposto. E di farlo ancorché lo stesso rappresenti una prestazione medica salvavita, la quale non per questo può ricomprendersi tra i trattamenti sanitari obbligatori¹⁰⁶.

Nel percorso di emersione di questo diritto al dissenso è stato fondamentale il ruolo svolto dai pazienti testimoni di Geova, i quali hanno

¹⁰³ Sull'evoluzione del rapporto medico-paziente, cfr. **U.G. NANNINI**, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 7 ss.; **G. MONTANARI VERGALLO**, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 4 ss.; **A. ASTONE**, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 4, 2018, p. 1508 ss.

¹⁰⁴ Per **S. STEFANELLI**, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, ISEG Gioacchino Scaduto, Roma, 2011, p. 90, la legge in questione è la fonte interna di riferimento per il ribaltamento del rapporto medico-paziente in quanto è la norma che specifica che il potere di autodeterminazione del malato può essere compresso soltanto in caso di trattamento sanitario obbligatorio per legge o stato di necessità.

¹⁰⁵ **N. CALLIPARI**, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 85.

¹⁰⁶ Cfr. **V. CRISAFULLI**, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, fasc. 3, 1982, p. 560; **G. DI COSIMO**, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 31 ss. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, secondo cui "in tema di attività medico-sanitaria, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita". Per un commento alla pronuncia, cfr. **D. SIMEOLI**, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. civ.*, fasc. 7-8, 2008, p. 1727 ss. Sul rifiuto al trattamento sanitario si esprime anche la giurisprudenza europea, per il cui esame si rimanda a **F. ALICINO**, *Diritto alla salute*, cit., p. 8 ss., nonché p. 15 ss.



stimolato la giurisprudenza a pronunciarsi su una materia dai risvolti etici complessi. Il principio che ne è derivato ha saputo però prescindere dalle motivazioni religiose sottese al rifiuto e ha fissato una regola che riporta ogni argomentazione al profilo generale della formazione e della manifestazione di una volontà individuale "neutra". Ogni paziente può rifiutare un trattamento sanitario, e ciò indipendentemente dalle ragioni sottese alla propria scelta dissenziente, che possono essere anche di natura religiosa¹⁰⁷.

L'autodeterminazione terapeutica si fa spazio attraverso l'istituto del consenso informato¹⁰⁸, che consente all'individuo di "assumere consapevolmente ogni scelta, di tipo diagnostico e terapeutico, che coinvolga la propria salute e il proprio corpo"¹⁰⁹, sulla scorta di un insieme di informazioni che il personale medico è obbligato a fornirgli per colmare le sue naturali carenze conoscitive e per permettergli di prendere una decisione quanto più consapevole possibile¹¹⁰. Un diritto al consenso,

¹⁰⁷ L'autodeterminazione del paziente si riflette anche sulla posizione del medico. Secondo la Pretura di Roma, 3 aprile 1997, "non rispondono del delitto di omicidio colposo, perché il fatto non sussiste, i medici di un ospedale pubblico che, avendo in cura un testimone di Geova gravemente anemizzato a causa di un incidente stradale, non praticavano al paziente trasfusioni di sangue necessarie per conservarlo in vita, al fine di rispettare la volontà del ricoverato contraria, per motivi di fede religiosa, a tale terapia; una volontà non superabile, in quanto le trasfusioni di sangue non sono ricomprese fra i trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge a norma dell'art. 32, comma 2, Cost."

¹⁰⁸ Sul consenso informato, *ex multis*, cfr. **S. STEFANELLI**, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, cit.; **N. CALLIPARI**, *Il consenso informato*, cit.; **V. CALDERAI**, *Consenso informato*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 225 ss.; **A. DI MAJO**, *La salute responsabile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 39 ss. In giurisprudenza, cfr. Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 471; Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438.

¹⁰⁹ **B. PEZZINI**, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, fasc. 1, 1983, p. 83.

¹¹⁰ L'obbligo informativo, ormai riconosciuto da costante giurisprudenza (*ex multis*, cfr. Cass. 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. 15 gennaio 1997, n. 364; Cass. 14 marzo 2006, n. 5444) trova autorevole fondamento anche nelle fonti sovranazionali (artt. 5 ss. della *Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e biomedicina*; art. 5 della *Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani*, adottata dall'UNESCO l'11 novembre 1997 a Parigi; art. 3 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*) e nelle norme di deontologia medica le quali, sebbene non costituiscano fonti propriamente normative, mostrano comunque la grande attenzione dei sanitari per il momento informativo. In argomento, cfr. **A. BELLELLI**, *Il codice deontologico medico e il suo valore giuridico*, in *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, a cura di M. BARNI, Giuffrè, Milano, 1999; **G. IADECOLA**, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia della disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2007; **D. DURISOTTO**, *Il valore del dissenso al trattamento sanitario nell'ordinamento giuridico. Un difficile bilanciamento di principi*, in *Stato*,



quindi, che comprende anche il suo opposto (ossia il diritto al dissenso) in quanto, rileva autorevole dottrina, “non si può contemporaneamente attribuire al soggetto il diritto di autorizzare qualche cosa e non anche quello di vietare o non autorizzare, poiché il diritto altrimenti diverrebbe sostanzialmente un obbligo”¹¹¹. Ciò lascia ampi spazi decisori al paziente, confermati anche dalla giurisprudenza sia penale che civile. La prima afferma che

“risponde del reato di violenza privata ex art. 610 c.p. il medico che, in difetto di un pericolo imminente e attuale di danno grave alla persona, abbia ordinato l’esecuzione di trasfusione su paziente testimone di Geova che l’abbia espressamente e consapevolmente rifiutata”¹¹².

La seconda aggiunge che

“configura illecito civilmente rilevante ed obbliga al ristoro del danno derivante l’attività del medico che esegue forzatamente una trasfusione di sangue in favore di soggetto testimone di Geova che coscientemente nega di volervi essere sottoposto, quando tale emotrasfusione oltrepassi l’esercizio della funzione di garanzia posta in capo ai medici”¹¹³.

A ciò si affianca il crescente interesse della comunità scientifica ad assicurare cure sempre più rispettose dell’identità religiosa e culturale del paziente. Emblematici sono gli sforzi per elaborare strategie cliniche alternative alla trasfusione come il *patient blood management*, per creare

Chiese e pluralismo confessionale, cit., maggio 2009, p. 6 ss.; **B. VIMERCATI**, *Consenso informato*, cit., p. 55 ss.

¹¹¹ **N. CALLIPARI**, *Il consenso informato*, cit., p. 12. *Ad adiuvandum*, qualche rigo prima l’A. afferma che “il diritto del paziente ad autorizzare il trattamento sanitario comprende per definizione anche il suo simmetrico opposto, ovvero quello di non autorizzarlo. Sarebbe assurdo negare alla persona il diritto di rifiutare le cure sulla base di argomentazioni morali di carattere più o meno condivisibile. Un diritto è un diritto, o è riconosciuto e garantito dall’ordinamento oppure non lo è”.

¹¹² Trib. Termini Imerese, 30 maggio 2018, n. 465, con commento di **C. NOVIK**, *Testimoni di Geova e rifiuto alle emotrasfusioni: il complesso bilanciamento tra «dovere di cura» e principio di autodeterminazione*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4, 2018, p. 1596 ss. Analogamente, Trib. Tivoli, 1° ottobre 2020, che ha condannato il medico ai sensi dell’art. 610 c.p.c. per avere trasfuso coattivamente una paziente testimone di Geova, a fronte del rifiuto manifestato sia da lei stessa, sia dal suo amministratore di sostegno quando la paziente aveva perso coscienza.

¹¹³ Trib. Milano, sez. V, 13 dicembre 2008, n. 14883.



ambulatori *ad hoc* e per stilare protocolli rispettosi dei valori e delle specificità dei malati testimoni di Geova¹¹⁴.

Il secondo interrogativo posto dal rifiuto di questi fedeli al trattamento sanitario emotrasfusionale riguarda la facoltà dei genitori di opporsi alla trasfusione salvavita da praticare sul figlio minore, così come la possibilità di quest'ultimo di rifiutare in autonomia la cura contraria alla fede che professa. Al "se" della scelta dissenziente si somma in tal caso il problema della sostituzione della volontà del figlio. La soluzione ruota tutta intorno alla capacità del minore di autodeterminarsi o meno in ambito sanitario; un problema che coinvolge profili giuridici di carattere generale, connessi all'accertamento del grado di maturità necessario per esser titolare della *capacità di agire* nell'ordinamento e, più di recente, al ruolo di soggetto attivo attribuito al fanciullo (id est, minore).

La prima disputa dura da secoli e ha offerto parametri di valutazione mutevoli nel tempo e nello spazio¹¹⁵. Nel sistema giuridico italiano attuale, essa viene risolta dall'art. 2 del Codice civile, che attribuisce la *capacità di agire* a tutti coloro che abbiano raggiunto la maggiore età, attualmente fissata a diciotto anni. Il principio che ne deriva detta una soglia presuntiva di carattere generale, la quale evita di dover verificare caso per caso l'effettiva sussistenza di quel grado di maturità necessario per agire validamente nell'ordinamento.

Come ogni regola generale, anche l'associazione della capacità alla maggiore età conosce delle eccezioni, alcune relative al maggiorenne concretamente privo del supposto grado di maturità¹¹⁶, altre afferenti al minore che, sebbene non ancora diciottenne, vanta un grado di assennatezza non trascurabile. In quest'ultimo caso e a determinate condizioni, egli viene coinvolto in alcune scelte di vita, soprattutto in quelle che sono diretta espressione della sua personalità oppure rappresentano decisioni di natura esistenziale¹¹⁷. Siffatta impostazione è

¹¹⁴ Cfr. **C. GAGLIARDI**, *Alcune riflessioni in tema di emotrasfusioni nella giurisprudenza italiana*, in *Valetudo et religio. Intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, a cura di B. SERRA, Giappichelli, Torino, 2020, sez. *Comunicazioni*, p. 101 ss.

¹¹⁵ Sulla mobilità e relatività dei criteri, cfr. **P. STANZIONE**, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Napoli, 1975, p. 272.

¹¹⁶ In questi casi, il Codice civile utilizza gli istituti dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno per fronteggiare le esigenze del maggiorenne (anche solo parzialmente) incapace.

¹¹⁷ Sul punto, cfr. **L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI**, *Diritto Civile. Vol. I Norme, soggetti e rapporto giuridico*, UTET, Torino, 1995: "condizionare al raggiungimento della maggiore età la capacità di porre in essere simili attività [scelte di



frutto del superamento della visione tradizionale che identificava la protezione del minore con la sua estromissione da ogni processo decisionale, e del conseguente recepimento del principio secondo cui la minore età non implica la perdita o la riduzione dei diritti fondamentali. Tale ricostruzione trova nuova linfa nella *Convenzione sui diritti del fanciullo* siglata a New York il 20 novembre 1989, la cui adozione promuove

“una presa di coscienza sempre più diffusa in ordine alla piena titolarità di diritti in capo a esso [ossia, al minore] e alla conseguente necessità di superare definitivamente la tradizionale prospettiva paternalista senza però dar corso a visioni oltranziste dell’autodeterminazione del minore”¹¹⁸.

Nello stesso senso si esprimono anche altri atti internazionali e sovranazionali¹¹⁹, i quali esaltano la figura del minore e stimolano in vario modo la sua partecipazione nelle scelte di vita che lo riguardano, riconoscendogli un potere e una capacità di incidenza che hanno un’ampiezza direttamente proporzionale al suo grado di maturità¹²⁰.

natura esistenziale] di natura squisitamente personale, richiamandosi a una regola (quella dell’art. 2, 1° comma) che si giustifica soprattutto in relazione al compimento di atti giuridici patrimoniali, significherebbe non riconoscere a tutta una categoria di soggetti (i minori, appunto) l’esercizio di alcuni diritti inviolabili dell’uomo, come il diritto di riunirsi pacificamente, il diritto di associarsi, il diritto di professare la propria fede religiosa, il diritto di manifestare il proprio pensiero, il diritto di tutelare la propria salute”. In argomento, cfr. **S. LARIZZA**, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, vol. del *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011; **S. RODOTÀ**, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

¹¹⁸ **E. BILOTTI**, *Diritti e interesse del minore*, in *L-Jus. Rivista semestrale del Centro studi Rosario Livatino*, fasc. 2, 2019, p. 86. In tal senso, l’art. 12 della Convenzione afferma che “gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne [...]”.

¹¹⁹ Ci si riferisce, in particolare, alla *Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori* (25 gennaio 1996), che fissa le regole per promuovere la partecipazione dei minori ai procedimenti che li riguardano davanti a una autorità giudiziaria, così come alla *Carta dei diritti fondamentali dell’UE* (7 dicembre 2000), il cui art. 24 è rubricato proprio “diritti del minore”.

¹²⁰ Autorevole dottrina evidenzia la crescente tendenza normativa di “riconoscere un sempre più pregnante diritto del minore all’autodeterminazione, che cresce progressivamente con il crescere dell’età e con la maturazione della singola personalità”: **C. CARDIA**, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea, legislazione italiana*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 170. Cfr. **P. FLORIS**, *Appartenenza confessionale e diritti dei*



Tutte queste regole valgono anche per il settore medico, ove l'art. 6 della *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, siglata a Oviedo il 4 aprile 1997, precisa che "il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione alla sua età e al suo grado di maturità"¹²¹. Esso non può prevalere a prescindere, ma deve contemperarsi giocoforza con altri fattori, tutti tesi a realizzare il *miglior interesse del minore*, che è lo scopo a cui tende l'ordinamento nelle scelte che riguardano l'infra-diciottenne. Per fare questo, in campo sanitario il diritto richiede la cooperazione di tre figure: i genitori, il medico e il minore stesso. I loro poteri non sono fissi e immutabili, ma si modificano in base alla *capacità di discernimento* di quest'ultimo. Ne consegue, pertanto, che lo spazio di autonomia riconosciuto al minore

"sarà tanto più ampio quanto maggiore sarà la sua capacità di identificare, riconoscere e (voler) proteggere i propri interessi; viceversa, di fronte ad un soggetto che non sia in grado di identificare tali interessi o che non dimostri la volontà e convinzione di proteggerli, più ampio sarà lo spazio di azione da assegnarsi alle altre due parti sopra menzionate, i genitori e i medici"¹²².

Il riferito schema di ragionamento trova applicazione in Italia da molti anni, anche se è stato espressamente positivizzato dal nostro ordinamento soltanto con la legge n. 219 del 2017¹²³. Questa norma

minori. Esperienze giudiziarie e modelli a confronti, in *Quad. dir. pol. eccl.*, fasc. 1, 2000, p. 210; **P. LILLO**, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 4, 2009, p. 1931 ss.; **D. DURISOTTO**, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2011, p. 25 ss., p. 50 ss., il quale si oppone a quella parte della dottrina che cerca di stabilire fasce d'età predeterminate per qualificare il minore come così detto *grand enfant* o meno, ritenendo invece opportuno procedere a una valutazione casistica (p. 55 ss.).

¹²¹ Poco dopo la Convenzione di Oviedo, autorevole dottrina evidenziava che «l'impatto dei giudici con queste vicende è abbastanza recente. Fino a qualche tempo fa, infatti, da un lato, era ancora in auge la "potestà" medica e, dall'altro, c'era un minore senza voce in capitolo»: **G.C. TURRI**, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2000.

¹²² **F. PAPINI**, *Minori di età o minori diritti?*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2017, p. 549.

¹²³ «L'abbandono del modello della "rappresentanza" della volontà del minore - un modello che, nel decidere "al posto" dell'incapace, già manifesta la ferma convinzione della dimensione oggettiva e predeterminabile del *best interest* del minore - si apre così all'accoglimento del più agile e adattabile schema della co-decisione (come desumibile anche dal recente art. 3 della legge n. 219/17 sulla disciplina del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento), dove l'esito del dialogo è l'apporto di più voci che si accostano e si aggiungono a quella del minore (ove questo sia, beninteso, già in grado di esprimerla) sul presupposto del carattere irriducibilmente soggettivo e relativo del suo miglior interesse»: **M. DELL'UTRI**, *Trattamenti sanitari su minori tra*



riconosce a tutti il diritto di autodeterminarsi in campo medico, anche se minorenni o incapaci, fissando però per questi ultimi particolari modalità d'esercizio del diritto all'autodeterminazione¹²⁴. In particolare, per gli infra-diciottenni i commi primo e secondo dell'art. 3 stabiliscono il diritto della

“persona minore d'età [...] alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione”, quello a “ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà”,

e il diritto a che la sua volontà, “in relazione alla sua età e al suo grado di maturità”, sia tenuta in conto dall' esercente la responsabilità genitoriale o dal tutore chiamato a esprimere il consenso informato per suo conto¹²⁵.

L'inclusione di tali principi in una fonte di rango primario soddisfa i desideri di coloro che chiedevano a gran voce un intervento legislativo esplicito. In concreto, però, non apporta modifiche degne di nota. Sia prima che dopo la legge n. 219 del 2017, il minore partecipa alle scelte relative alla sua salute con un grado di incidenza che dipende strettamente dalla sua *capacità di discernimento*, ossia dalla sua capacità “di comprendere ciò che è utile per lui e di decidere autonomamente nei confronti degli altri”. Un profilo quindi soggettivo, da valutarsi caso per caso, tenendo conto non solo della sua età, ma di un insieme di “abilità relazionali oltre che cognitive”¹²⁶. Quanto più ampia sarà tale capacità, tanto più rilevante sarà l'opinione del minore sulle scelte sanitarie che riguardano la sua

scienza, etica e diritto, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 20 febbraio 2019.

¹²⁴ Cfr. **R. POTENZANO**, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 3, 2019, p. 1311 ss.

¹²⁵ Per un approfondimento dell'art. 3 della legge n. 219 del 2017, cfr. **G. FERRANDO**, *Minori e incapaci*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018, p. 46 ss.

¹²⁶ Le due ultime citazioni sono riprese da **G. SCARDACCIONE**, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 3, 2006, p. 1327. La valutazione della *capacità di discernimento* del minore è frutto di un giudizio ampio e complesso, che non può fondarsi soltanto sull'età dell'interessato, pena il rischio di oggettivizzare un dato necessariamente soggettivo; in argomento, cfr. **F. PAPINI**, *Minori di età o minori diritti?*, *cit.*, p. 553 ss. Si segnala, poi, l'approvazione da parte del Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa di una *Guida al processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine* del novembre 2013, la quale, da un lato, evidenzia la rilevanza del parere del minore, dall'altro suggerisce quattro elementi per valutare la capacità del minore denominati *capacità di comprendere, capacità di valutare, capacità di ragionare, capacità di esprimere una scelta*. Per un loro approfondimento, cfr. pp. 16-17 della riferita *Guida*.



persona, fermo restando che il soggetto giuridicamente deputato a esprimere il consenso o il dissenso resta il titolare della responsabilità genitoriale¹²⁷.

È chiaro, quindi, che i problemi di interazione tra salute e religione presentano un'intensità differente a seconda che riguardino un minore maturo o un minore incapace. Nel primo caso, potrebbe essere lo stesso minore a voler dare rilievo alla sua identità religiosa, magari rifiutando un trattamento sanitario a essa contrario. Nel secondo, invece, la questione attiene più che altro all'incidenza dell'appartenenza religiosa dei genitori sulla salute dei figli.

Per quanto riguarda il così detto *grand enfant*, esso è generalmente ritenuto dotato di una *capacità di discernimento* tale da consentirgli di operare in maniera consapevole le scelte personali importanti, anche quelle di salute, che si suppone vengano prese dopo un attento bilanciamento con gli altri diritti e le altre libertà di cui pure è titolare. Per tali ragioni, la sua volontà

“assume un ruolo fondamentale nell'esercizio del diritto personale alla salute e ad essa potrebbe doversi dare valore preminente, [anche] qualora sia in contrasto con quella dei rappresentanti legali, tutte le volte in cui la scelta del minore faccia seguito ad una ponderata valutazione e corrisponda al suo miglior interesse”¹²⁸.

Al contrario, potrebbe cedere il passo laddove non rispecchiasse il *best interest of the child*. In questo caso, l'opinione espressa dal minore maturo, che verrà comunque acquisita dall'autorità giudiziaria che ne abbia disposto l'audizione¹²⁹, non obbligherà i genitori a esprimersi in tal

¹²⁷ Cfr. G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, cit., p. 49; M. FOGLIA, *Il diritto di partecipazione dell'adolescente alle decisioni che riguardano la sua salute*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2021, p. 41. Al contempo si evidenzia, però, che parte della dottrina non è entusiasta dell'attribuzione di questo compito ai titolari della responsabilità genitoriale, ritenendola «una scelta molto “conservativa”, solo in parte temperata dalla previsione con cui s'invita il rappresentante legale (o il tutore) a “tener conto” della volontà del rappresentato “in relazione alla sua età, e al suo grado di maturità”, nonché in ragione dello scopo perseguito dall'esercizio del potere dispositivo, la tutela della salute psicofisica e della vita di un soggetto diverso da colui che tale potere è chiamato dalla legge a esercitare»: C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civile*, fasc. 3, 2019, p. 635.

¹²⁸ Cfr. A. PISU, *Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita*, in *Giur. penale web*, vol. I bis “*Questioni di fine vita*”, 2019, p. 16. Analogamente, cfr. C. GAGLIARDI, *Alcune riflessioni*, cit., p. 110.

¹²⁹ Cfr. art. 315 bis c.c.: il minore che abbia compiuto dodici anni o che sia comunque dotato di *capacità di discernimento* ha diritto a essere ascoltato in tutte le questioni e le



senso, né costituirà argomento dirimente degli eventuali contrasti sorti tra questi ultimi e il figlio, tantomeno influenzerà in maniera decisiva i provvedimenti resi dal giudice investito del contrasto genitore-figlio¹³⁰. E ciò perché la scelta di cui si discute rispecchia la volontà di un soggetto che, ancorché dotato di *capacità di discernimento*, è comunque ritenuto “debole” e bisognoso di protezione da parte dell’ordinamento, che attraverso l’autorità giudiziaria vaglierà il suo migliore interesse¹³¹.

Diverso, almeno per alcuni, sembrerebbe essere il caso in cui sia il minore maturo, sia i suoi genitori (o il tutore), vogliano rifiutare un trattamento sanitario vietato dal loro credo religioso. Secondo questa dottrina, l’opposizione congiunta del *grand enfant* e dei titolari della responsabilità genitoriale produrrebbe conclusioni differenti rispetto al caso precedente, in quanto precluderebbe l’imposizione coattiva della

procedure che lo riguardano. Il legislatore se da un lato fissa una soglia presuntiva di maturità (dodici anni), dall’altro lascia ampia discrezionalità al giudice per individuare ulteriori ipotesi in cui tale qualità possa rinvenirsi anche nell’infra-dodicesime. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19664: “si è ritenuto, in via generale, che un siffatto discernimento consegua al compimento di dodici anni, salvi i casi in cui emerge che il minore di età anche inferiore sia comunque sufficientemente maturo da poter utilmente essere ascoltato”. Analogamente, cfr. artt. 336 bis e 337 octies c.c.. Recente giurisprudenza di legittimità sanziona con la nullità il mancato esperimento della procedura di ascolto giudiziale dell’ultra-dodicesime o dell’infra-dodicesime dotato di *capacità di discernimento* se non accompagnato da una motivazione specifica e circostanziata circa la superfluità dell’audizione o la sua contrarietà all’interesse del minore (Cass., sez. I, 19 maggio 2010, n. 12293; Cass., sez. I, 19 settembre 2015, n. 19327; Cass., sez. I, 16 febbraio 2018, n. 3913; Cass., sez. I, 24 maggio 2018, n. 12954.). Sull’ascolto, cfr. **F. DANOVÌ**, *L’ascolto del minore nel processo civile*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 4, 2014, p. 1603 ss.; **F. SCAGLIONE**, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 1, 2014, p. 426 ss.; **P. VIRGADAMO**, *L’ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 4, 2014, p. 1664 ss.

¹³⁰ Eventuali contrasti tra genitori e figli vengono risolti con l’applicazione della disciplina generale prevista dal codice civile: cfr. **A. PISU**, *Scelte terapeutiche*, cit., p. 16.

¹³¹ Per Pierangela Floris, il minore “è un soggetto giuridico per così dire dinamico, cioè in crescita”, così come «è dinamica la tutela apprestata dall’ordinamento nei suoi confronti: è una tutela che “cresce” insieme al minore», la quale deve comunque tener conto del fatto che, per l’ordinamento, egli è «oggetto di “particolare protezione”»: **P. FLORIS**, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori*, cit., p. 210 ss. In ragione di ciò, precisa attenta dottrina, “il principio del *best interest of the child* esclude dunque la possibilità che i legali rappresentanti possano opporre un rifiuto ai trattamenti necessari alla sopravvivenza della persona minore d’età”: **M. FOGLIA**, *Il diritto di partecipazione*, cit., p. 45, nt. 27, il quale richiama anche **M. BIANCA**, *La legge 22 dicembre 2017 n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di tratta commento*, in *Famiglia*, 2018, p. 111.



terapia congiuntamente non voluta¹³². Certo, se il dissenso congiunto contrasta con le valutazioni del medico sarà comunque possibile un intervento del giudice tutelare ai sensi dell'art. 3, quinto comma, l. n. 219 del 2017, ma in questo caso - sostengono tali studiosi - il magistrato dovrebbe comunque dare concretezza alla volontà dissenziente del minore maturo e dei suoi genitori¹³³. Per la verità, rispetto a tale ultima conclusione vi è ancora un po' di scetticismo, in quanto non sembra potersi escludere *a priori* la possibilità per il magistrato di discostarsi dal dissenso congiunto laddove questo contrasti con il *best interest* del minore. Sembra invece più coerente lasciare al giudice uno spazio valutativo orientato alla tutela del miglior interesse dell'infra-diciottenne, il quale non corrisponderà necessariamente con l'esclusione o l'imposizione del trattamento non voluto, ma si sostanzierà in una scelta che guarda alla tutela della salute psicofisica e della vita del minore, nel pieno rispetto della sua dignità (art. 3, l. n. 219 del 2017)¹³⁴.

Rimangono, infine, i profili di interazione tra salute e religione che sorgono in relazione ai trattamenti sanitari da operarsi su neonati o, comunque, su minori totalmente incapaci di autodeterminarsi. Essi generano una casistica molto complessa, la quale mostra tutte le sue criticità allorquando i genitori siano intenzionati a rifiutare la cura suggerita dal personale sanitario perché contraria alla loro identità religiosa¹³⁵, come accade per la coppia di testimoni di Geova che si oppone

¹³² Cfr. **G. FERRANDO**, *Minori e incapaci*, cit., p. 51: "quando il rifiuto provenga non solo dai genitori, ma anche da figlio sufficientemente maturo si è escluso che le terapie possano essere disposte in modo coattivo". A sostegno delle proprie tesi, l'A. riporta la seguente sentenza: Trib. min. Brescia, decr. 22 maggio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, fasc. 1, 2000.

¹³³ Alcuni autori criticano la scelta del legislatore di sottoporre comunque al vaglio del giudice tutelare il dissenso congiunto del minore e del suo legale rappresentante contrastato dal medico, ritenendo invece necessario limitare l'intervento giudiziario soltanto all'ipotesi in cui sussista un disaccordo tra rappresentante e rappresentato: cfr. **R. POTENZANO**, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita*, cit., p. 1328 ss.

¹³⁴ Sulla particolare complessità delle questioni che sorgono dal dissenso congiunto genitori-figlio alla trasfusione salvavita per motivi di fede, cfr. **M. FOGLIA**, *Il diritto di partecipazione*, cit., p. 53 ss.

¹³⁵ Un'altra tipologia di problemi può riguardare l'ipotesi in cui la decisione dei genitori - rileva Gilda Ferrando - "non rispetti la personalità del figlio o sia contraria al suo benessere o alla sua salute", caso che "può giustificare il ricorso al giudice ai sensi dell'art. 333 c.c.. Analogo intervento giudiziale può prospettarsi nel caso in cui il figlio, sufficientemente maturo, si opponga all'esecuzione del trattamento al quale invece i genitori sono favorevoli": **G. FERRANDO**, *Minori e incapaci*, cit., p. 50.



alla trasfusione di sangue raccomandata dai medici per il figlio neonato. La questione è particolarmente spinosa in quanto ripropone, ma con intensità elevatissima, il dilemma sul contemperamento tra il diritto dei genitori a educare i figli secondo i precetti della loro fede e i diritti di questi ultimi a non veder pregiudicata la salute o la vita¹³⁶.

Da anni la politica e la giurisprudenza risolvono questa antinomia privilegiando il secondo gruppo di diritti, soprattutto laddove sussista un rischio concreto per la salute o la vita del minore e, al contempo, non esista alcuna cura alternativa. Per affermare tale preminenza - e, quindi, per autorizzare la trasfusione osteggiata dai genitori - il mondo politico ha spesso richiamato quel lucido e autorevole parere del Parlamento europeo che impedisce ai genitori di rifiutare per motivi di fede un trattamento sanitario necessario a evitare il rischio di gravi pregiudizi alla vita e alla salute del figlio minore¹³⁷; le corti invece si sono servite, nel tempo, di diversi strumenti giuridici. Tra questi ha primeggiato l'istituto della sospensione della potestà/responsabilità genitoriale, pronunciata dal Tribunale dei minorenni per tutto il tempo necessario all'esecuzione del trattamento¹³⁸. Numerosi sono i casi risolti in questo modo. Uno su tutti è quello del Tribunale per i minorenni di Trento che, a fronte del reiterato rifiuto dei genitori testimoni di Geova di sottoporre a trasfusione la figlia neonata prematura e in grave pericolo di vita, sospendeva la loro potestà genitoriale disponendo l'affidamento della minore, quanto alle decisioni sanitarie, al responsabile del reparto di terapia intensiva neonatale, che avrebbe comunque dovuto preferire cure compatibili con i convincimenti religiosi dei genitori¹³⁹. Casi analoghi, con soluzioni analoghe, hanno investito anche altre autorità giudiziarie sia civili che penali¹⁴⁰, determinando in un caso addirittura la condanna per concorso in omicidio colposo di due genitori che avevano negato il consenso a periodiche

¹³⁶ Per un'analisi generale, cfr. **P. FLORIS**, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, in *Foro it.*, IV, 1984, p. 360 ss.

¹³⁷ Cfr. Parere della Commissione giuridica sulla "Carta europea dei diritti del paziente", in *Documenti di seduta del Parlamento europeo*, Doc. 1-970/83.

¹³⁸ Cfr. **C. DI COSTANZO**, *Il dissenso alle emotrasfusioni a beneficio di una minore. Considerazioni in calce a un provvedimento del giudice tutelare del Tribunale di Firenze*, in *Federalismi - Osservatorio di diritto sanitario*, 25 settembre 2019, pp. 8-9. Circa gli altri strumenti, cfr. soprattutto nt. 19 e 20.

¹³⁹ Cfr. Tribunale per i minorenni di Trento, 30 dicembre 1996, decreto n. 214, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4-5, 1998, p. 835 ss.

¹⁴⁰ Cfr. Tribunale per i minori di Venezia - (Proc. Rep.), 2.6.1998, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 2-3, 1999, p. 689 ss.



trasfusioni di sangue in favore della figlia gravemente malata, determinandone la morte¹⁴¹.

Tale impostazione si consolida, come accennato, con la legge n. 219 del 2017, per cui

“il consenso [al trattamento sanitario sul minore] è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità” (art. 3, secondo comma).

La disposizione identifica lo scopo dell'intervento dei genitori o del tutore con la tutela della salute e della vita del minore e il pieno rispetto della sua dignità. Laddove i genitori intendano rifiutare un trattamento sanitario che il medico ritiene appropriato e necessario subentra l'art. 3, quinto comma, che rimette la decisione al giudice tutelare. Tale regola demanda il contrasto di vedute tra genitori (o tutori) e medici a un soggetto terzo e autorevole, interno al potere giudiziario, chiamato a intervenire in funzione di ultimo garante dell'interesse del minore malato. Sotto questo aspetto, essa non costituisce una novità assoluta, ma presenta importanti profili di continuità con il sistema precedente. Rispetto al passato, però, cambia l'organo materialmente investito del compito di decidere, così come mutano i suoi strumenti di intervento. Infatti, se prima della legge n. 219 del 2017 il ricorso veniva presentato al Tribunale per i minorenni (in applicazione dell'art. 333 c.c. e seguendo il procedimento di cui all'art. 336 c.c.)¹⁴², il quale pronunciava spesso la sospensione della responsabilità genitoriale dei coniugi che si opponevano al trattamento sanitario da praticarsi sul figlio minore, dopo l'intervento normativo il giudizio viene promosso davanti al giudice tutelare, che segue il procedimento previsto dall'art. 3, quinto comma, della legge del 2017 e nulla più¹⁴³. Tale

¹⁴¹ Il caso giudiziario si compone di una prima sentenza della Corte d'Assise di Cagliari (sent. 10 marzo 1982, in *Foro it.*, n. 1, 1983), alla quale segue la pronuncia della Corte di Cassazione (Cass., sez. I, sent. 13 dicembre 1983, in *Foro it.*, n. 7/8, 1984) e poi sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Roma in qualità di giudice remittente (sent. 13 giugno 1986, in *Foro it.*, n. 11, 1986).

¹⁴² Cfr. **G. FERRANDO**, *Minori e incapaci*, cit., p. 51.

¹⁴³ Il giudice tutelare può essere adito con “ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria” (art. 3, quinto comma). Una prima applicazione di questa regola in materia di opposizione dei genitori testimoni di Geova alla trasfusione da praticarsi sulla figlia minore si è avuta con il pronunciamento del giudice tutelare del Tribunale di Firenze del 12 aprile 2019. Prima di allora, l'art. 3,



mutamento è confermato, tra l'altro, anche dalla più recente giurisprudenza delle Corti di Appello di Roma e Milano, le cui pronunce da un lato precisano quale sia il nuovo organo giurisdizionale investito di siffatte questioni e che procedura debba seguire, dall'altro specificano che l'opposizione del genitore al trattamento trasfusionale per motivi religiosi non determina di per sé stessa una valutazione di inidoneità all'esercizio della responsabilità genitoriale¹⁴⁴.

Per concludere si rilevi, infine, che da qualche anno a questa parte la casistica giurisprudenziale sul dissenso delle famiglie testimoni di Geova alle emotrasfusioni sui figli minori registra un deciso calo. L'inversione di tendenza è il frutto di un impegno pretorio, legislativo ed ermeneutico di lunga durata, il quale ha prodotto una modifica anche a livello confessionale. Tutto ciò emerge nel documento *Emotrasfusioni e consenso informato* redatto dall'Associazione europea dei testimoni di Geova per la tutela della libertà religiosa, il quale segna la prevalenza del diritto alla salute del minore non ancora capace di discernimento rispetto agli altri diritti e modifica, di fatto, gli atteggiamenti e le scelte di una parte consistente delle famiglie appartenenti a tale confessione religiosa¹⁴⁵.

6 - Le nuove frontiere di tutela della salute nella legge n. 219 del 2017. Gli effetti sull'identità religiosa del paziente-fedeles

Un altro tema spinoso è rappresentato dal rifiuto preventivo a una cura ad applicazione futura, il quale pone rilevanti questioni etico-filosofiche, oltreché giuridiche. Anche su questo argomento hanno fatto da apripista le esigenze dei testimoni di Geova, che hanno stimolato una casistica ampia e variegata, e per anni hanno cercato un modo per rendere

quinto comma, legge n. 219 del 2017 era stato utilizzato soltanto in relazione a persone incapaci: cfr. Giudice tutelare del Tribunale di Vercelli, 31 maggio 2018; Giudice tutelare del Tribunale di Modena, 23 marzo 2018.

¹⁴⁴ Cfr. Corte d'App. Roma, sez. persona e famiglia - minorenni, 17 dicembre 2019, n. 772; Corte d'app. Milano, sez. V, 10 settembre 2020. Le due pronunce ribadiscono che la competenza sulle controversie tra genitori e medici circa i trattamenti sanitari da praticare sui minori spetta al Giudice tutelare e non al Tribunale per i minorenni, così come specificano che la sola opposizione del genitore al trattamento trasfusionale per motivi religiosi non comprova la sua inidoneità all'esercizio della genitorialità, quindi non determina la sospensione totale dalla responsabilità genitoriale.

¹⁴⁵ Cfr. L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, vol. del *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 442.



vincolante la loro opposizione anticipata a un'emotrasfusione futura. Il problema ha riguardato innanzitutto i pazienti cronici affetti da una malattia degenerativa e potenzialmente invalidante, i quali, prevedendo di trovarsi di lì a poco in una condizione che non gli avrebbe consentito di manifestare compiutamente il loro dissenso, chiedevano di cristallizzare in via preventiva una opposizione al trattamento sanitario da fare valere allorquando sarebbero stati impossibilitati a esplicitarla. Al contempo, ha investito anche soggetti perfettamente sani, che nel timore di essere catapultati in una situazione di incapacità improvvisa, imprevedibile e meramente eventuale, chiedevano di stabilire un rifiuto da fare valere se e qualora la loro incapacità fosse divenuta attuale.

Le loro istanze poggiavano su un'interpretazione ampia del principio di autodeterminazione terapeutica stabilito dall'art. 32 della Costituzione, ma per molto tempo sono rimaste inascoltate, scontrandosi di fatto con i requisiti fissati dalla giurisprudenza per la valida espressione del dissenso al trattamento sanitario. A detta delle corti, il rifiuto di una o più cure doveva consistere in una volontà "espresa, inequivoca, attuale ed informata". Doveva esprimere, cioè, una intenzione chiara, consapevole e assunta in prossimità della sua applicazione.

La rigidità della previsione rappresentava una garanzia per il corretto e consapevole esercizio di un diritto capace di incidere su beni a rilevanza primaria, quali la salute, l'integrità fisica e la vita. Al contempo, però, non dava spazio a rifiuti non attuali, ossia non strettamente legati alla situazione clinica che il disponente presentava in quel momento. Ne derivava uno scenario in cui il diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica era pieno o dimidiato a seconda della capacità del disponente di esprimere o meno il dissenso nel momento in cui il trattamento doveva essere praticato. Ciò poneva una serie di questioni, le quali investivano non solo l'ampiezza dell'autodeterminazione sanitaria, ma anche la stabilità e l'effettività degli altri diritti e delle altre libertà di cui il paziente pure era titolare, e tra questi la libertà religiosa del paziente-fedeles.

Emblematiche in tal senso sono state due pronunce della Corte di Cassazione, le quali hanno esaltato in maniera decisa il parametro dell'attualità del consenso, riducendo di fatto l'autodeterminazione e la libertà religiosa del paziente-fedeles. La prima ha riguardato un testimone di Geova che, all'atto di ingresso in ospedale, aveva manifestato il suo più fermo rifiuto al trattamento emotrasfusionale. Nel corso dell'intervento chirurgico a cui veniva sottoposto, egli si trovava in una situazione clinica diversa e più grave del previsto, la quale rendeva necessario tale trattamento per evitarne la morte. Nell'urgenza del contesto e



nell'impossibilità di interpellare l'interessato (perché anestetizzato) o i suoi familiari, i sanitari decidevano di procedere a trasfusione. Secondo la Suprema Corte, il comportamento dei medici non era censurabile e non aveva causato un danno risarcibile, perché il dissenso del paziente era stato rilasciato in una situazione patologica diversa e non presentava più il requisito dell'attualità¹⁴⁶. La seconda pronuncia è ancora più significativa, in quanto ha ritenuto lecita addirittura la trasfusione praticata sul fedele entrato in ospedale già in stato di incoscienza ma con indosso un cartellino con scritto "niente sangue". E ciò ancora una volta per la non attualità della dichiarazione, resa in condizioni di salute differenti, che non lasciavano presagire un concreto pericolo di vita¹⁴⁷.

Questa rigida impostazione giurisprudenziale ha spinto i testimoni di Geova a cercare soluzioni alternative, necessarie a ridare la giusta ampiezza all'autodeterminazione terapeutica, al diritto alla salute intesa come complessivo *status* di benessere, alla libertà religiosa e all'identità religiosa. A partire dal 2005 si è sviluppata un'intensa attività giuridico-ermeneutica finalizzata a trovare nuovi strumenti, capaci di superare la rigidità con cui veniva valutato il requisito dell'attualità del dissenso, che hanno dato tuttavia scarso esito sia sul piano normativo¹⁴⁸ che su quello giurisprudenziale.

Particolare attenzione merita il ricorso all'istituto dell'amministrazione di sostegno. Questo strumento ha rappresentato l'*escamotage* più gettonato per superare i problemi posti dalla "eccessiva enfattizzazione del principio di attualità del consenso", il quale - rilevava attenta dottrina - ha rischiato di "portare ad un sostanziale svuotamento del diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche da parte del paziente in stato di incoscienza"¹⁴⁹. Ed è stato massimamente utilizzato

¹⁴⁶ Cass., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211.

¹⁴⁷ Cass., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, con nota di **M. GORGONI**, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 1, 2009, p. 126 ss. Un caso simile era stato già deciso dalla Corte di Appello di Trieste, con una pronuncia del 25 ottobre 2003; mentre per altri casi più recenti si rimanda al saggio di **S. CACACE**, *Ma quanto è debole il consenso informato! L'ultima giurisprudenza sul rifiuto dell'emotrasfusione. Apologia di un principio inutile (e qualche tentativo esegetico)*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 1, 2017.

¹⁴⁸ Il dibattito sulla necessità di una legge *ad hoc*, nonché sul suo contenuto, è stato intenso e ha coinvolto studiosi di varie branche del diritto: *ex multis*, cfr. **F. FRENI**, *Le carte di autodeterminazione*, cit.

¹⁴⁹ **D. DURISOTTO**, *Il valore del dissenso*, cit., pp. 38-39. In argomento, cfr. **F. PAPINI**, *Rispetto della persona umana*, cit., p. 108 ss.; **G. FACCI**, *I testimoni di Geova e il "dissenso" all'atto medico*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 1, 2007.



proprio dai fedeli testimoni di Geova, come emerge da un'analisi generale della casistica giurisprudenziale.

Il tentativo di estensione si è poggiato sull'art. 408 c.c. nella parte in cui afferma che "l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata". Sulla base di questo inciso, parte della giurisprudenza ha ritenuto legittima la così detta *nomina pro futuro* dell'amministratore di sostegno. In altre parole, ha riconosciuto al soggetto pienamente capace la possibilità di ottenere la nomina immediata di un amministratore, posticipando però gli effetti della stessa al momento in cui lo stato di incapacità del designante/beneficiario fosse divenuto effettivo e concreto¹⁵⁰. Tale anticipazione avrebbe consentito di superare lo scarto temporale tra la verifica dello stato di incapacità e la formalizzazione della nomina (con conseguente attribuzione dei poteri), che in presenza di intervento chirurgico urgente e imprevedibile avrebbe reso impossibile la nomina.

Siffatto orientamento si è scontrato subito con una serie di sentenze a esso totalmente o parzialmente contrarie¹⁵¹. È stato poi definitivamente superato da una pronuncia della prima sezione della Corte di Cassazione, la quale ha escluso la *nomina pro futuro* evidenziando che la designazione di un amministratore di sostegno ha come presupposto costitutivo la sussistenza di uno stato di infermità psico-fisica concreto e attuale, indi può avvenire solo al manifestarsi dell'esigenza di protezione del beneficiario¹⁵². Nella stessa pronuncia, la Corte ha precisato anche il

¹⁵⁰ Cfr. Trib. Modena, decr. 5 novembre 2008, in *Persona e mercato* (www.personaemercato.it); Trib. Prato, decr. 8 aprile 2009, in *Persona e danno* (www.personaedanno.it); Trib. Modena, decr. 14 maggio 2009, in *Giur. merito*, 11, 2009, p. 2692 ss.; Trib. Firenze, decr. 22 dicembre 2010, in *Persona e danno* (www.personaedanno.it).

¹⁵¹ Cfr. Trib. Firenze, decr. 8 aprile 2009, in *Persona e danno* (www.personaedanno.it); Trib. Roma, decr. 1° aprile 2009, in *Persona e danno* (www.personaedanno.it); Trib. Torino, sez. VII, 26 febbraio 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 725 ss.; Trib. Varese, decr. 17 novembre 2009 (consultabile in www.amministratoridisostegno.com); Trib. Genova, decr. 6 marzo 2009, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia* (www.osservatoriofamiglia.it). Adottano una via mediana, invece, quei tribunali che ritengono possibile la nomina preventiva soltanto per quei pazienti che versano in una condizione clinica tale da fare presupporre la verosimile perdita in futuro della capacità di esprimere le loro scelte terapeutiche: cfr. Trib. Trieste, decr. 3 luglio 2009, in *Persona e danno* (www.personaedanno.it); Trib. Reggio Emilia, decr. 4 maggio 2005; Trib. Trieste, decr. 16 agosto 2008.

¹⁵² Cass., sez. I, 20 dicembre 2012, n. 23707. Cfr. **M. TESCARO**, *Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Riv. dir. civ.*, vol. II, 2013, p. 1023 ss.; **P. FRATI, M. GULINO, F.R. CORRENTI, V. FINESCHI**, *Direttive anticipate di trattamento e amministrazione di sostegno: la Corte di Cassazione richiede lo stato d'incapacità*



significato e la portata delle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 408 del Codice civile. Finché non si verifichi la condizione incapacitante, esse rappresentano mere concretizzazioni del diritto all'autodeterminazione individuale e rimangono "nell'ambito di un'iniziativa privata". Allorquando si realizzi la condizione incapacitante e sorga l'esigenza della misura personalistica, le dichiarazioni assumono maggior valore in quanto possono orientare la nomina dell'amministratore e i poteri a esso conferiti, senza mai vincolare il giudice¹⁵³.

Il vero cambio di rotta si ha soltanto con la legge 22 dicembre 2017, n. 219¹⁵⁴, che riorganizza l'intera materia dell'autodeterminazione individuale in campo sanitario¹⁵⁵. Essa non elimina il requisito dell'attualità del consenso/dissenso, che comunque deve essere aggiornato laddove sopravvengano mutamenti nel quadro clinico¹⁵⁶, ma introduce due strumenti nuovi, che consentono al maggiorenne dotato di *capacità di agire* di cristallizzare una volontà terapeutica da fare valere in futuro. Si tratta, in particolare, delle *DAT (Disposizioni anticipate di trattamento)* e della *Pianificazione condivisa delle cure*, istituti simili ma rivolti a soggetti diversi. Il primo guarda al soggetto sano che potrà fissare una volontà terapeutica da fare valere in futuro, in relazione a qualsiasi trattamento o patologia che potrebbe eventualmente riguardarlo (art. 4). Il

attuale e non futuro, in *Resp. civ. e prev.*, n. 2, 2014, p. 695 ss.; **M. PICCINNI, U. ROMA**, *Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2, 2014, p. 727 ss.; **B. VIMERCATI**, *Consenso informato*, cit., p. 253 ss.

¹⁵³ La pronuncia della Corte di Cassazione lascia aperti due problemi: innanzitutto, il problema della mancata copertura del periodo che va dalla concretizzazione dell'ipotesi di invalidità alla pronuncia del giudice tutelare; in secondo luogo, il problema del forte radicamento in giurisprudenza della convinzione che il giudice tutelare, nel pronunciare il decreto di nomina, può comunque disattendere le indicazioni rese ex art. 408 c.c..

¹⁵⁴ Cfr. **F. BOTTI**, *La fine di un lungo viaggio al termine della notte: la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, fasc. 2, 2018.

¹⁵⁵ Cfr. **A. LO CALZO**, *Il consenso informato "alla luce della nuova normativa" tra diritto e dovere alla salute*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 24 ottobre 2018, p. 11; **C. GAGLIARDI**, *Alcune riflessioni*, cit., p. 107 ss. Per un approfondimento storico-giuridico sull'autodeterminazione terapeutica, cfr. **L. CHIEFFI**, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹⁵⁶ Cfr. **P. FRATI, A. CAMPOLONGO, R. LA RUSSA, M. SCOPETTI, V. FINESCHI**, *Violazione del consenso informato: codifichiamo nozioni, significati e risarcibilità dei danni alla luce della pronuncia n. 28985/2019 della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 4, 2020, p. 1368.



secondo è diretto al paziente affetto da “una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta”, il quale può stilare insieme al medico - ed eventualmente con l’ausilio dei familiari, dell’unito civilmente, del convivente o di altra persona di sua fiducia - un programma terapeutico più o meno dettagliato a cui il personale sanitario dovrà attenersi nell’affrontare la sua patologia, laddove esso “venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità” (art. 5)¹⁵⁷.

I due istituti rappresentano una vera e propria svolta rispetto al passato. Se prima del 2017 l’autodeterminazione terapeutica individuale era piena o dimidiata a seconda della capacità o meno del singolo di esprimere la propria volontà terapeutica nel momento in cui doveva trovare attuazione, con la riforma tale diritto si anticipa. L’innovazione che ne deriva incide anche sul rapporto tra salute e religione assicurandone un’interazione più proficua. I due strumenti, infatti, subordinano

“il potere della medicina [...] alla sovranità delle scelte che ciascuno esercita in relazione all’uso e al destino del proprio corpo”, le quali “possono anche trascendere la ridotta finalità della conservazione dell’integrità fisica, per giungere alla realizzazione di interessi di differente natura [...] che riposano su considerazioni d’indole religiosa, spirituale o, più genericamente, culturale”¹⁵⁸.

Consentono insomma all’individuo di cristallizzare le decisioni terapeutiche future più disparate, che possono fondarsi anche su motivazioni propriamente identitarie o religiose.

Il quadro che ne deriva si pone in perfetta armonia con il dettato costituzionale, che all’art. 32 recepisce il concetto di salute come *status* di benessere complessivo, e pone al centro la persona e le sue esigenze, sia sanitarie che di fede. Come sopra accennato, difatti, il secondo comma

¹⁵⁷ Autorevole dottrina si esprime in maniera positiva sulla *Pianificazione condivisa delle cure*, rilevando che «una lettura culturalmente intelligente del testo della legge n. 219/2017 suggerisce di porre una attenzione privilegiata (direi quasi prioritaria rispetto allo stesso art. 1) proprio all’art. 5, che illustra quale dovrebbe essere il rapporto tra i medici (meglio gli operatori sanitari) e le persone ammalate affette dall’ “evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o a evoluzione con prognosi infausta” (e loro familiari). Un rapporto, dunque, che pianificando le cure, sviluppa una relazione dinamica, suscettibile quindi anche di modifiche e adeguamenti all’evolversi della malattia»: **P. BENCIOLINI**, *Art. 5 “Pianificazione condivisa delle cure”, in Forum. La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018, p. 65.

¹⁵⁸ **M. DELL’UTRI**, *Trattamenti sanitari*, cit. Analogamente, cfr. **B. SERRA**, *Valetudo et religio*, cit., p. 39 ss.



della riferita disposizione afferma che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario”, per poi statuire l'impossibilità di “violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, intesa non solo nella sua fisicità, ma anche nei suoi imprescindibili valori morali, etici e religiosi¹⁵⁹. Convinzione, questa, che già a inizio anni Ottanta portava Vezio Crisafulli ad affermare - con indubbio spirito avveniristico - che

“nel contesto complessivo della Costituzione, non è escluso che nel limite del rispetto della persona umana [previsto dall'art. 32, comma 2, Cost.] possa includersi, con interpretazione estensiva ma non arbitraria, il rispetto della libertà di coscienza e di fede religiosa”¹⁶⁰.

La legge del 2017, con la rimodulazione complessiva dell'autodeterminazione in ambito sanitario e la creazione dei due nuovi istituti, si pone nella stessa direzione esaltando la persona come “insieme di valori, caratteri, umori, identità che fanno di quel soggetto un individuo unico rispetto a tutti gli altri”¹⁶¹. Essa incide sulla interrelazione tra salute e comportamento omissivo a base religiosa, bilanciando in modo più equilibrato i diversi valori in gioco e dando maggiore rilevanza all'identità religiosa e alla libertà religiosa dell'individuo. Rispetto a quest'ultima, poi, emerge una maggiore attenzione anche per i suoi corollari, a partire dal principio della riservatezza in materia religiosa, che è tutelato dall'assenza di un obbligo per il dissenziente di esplicitare i motivi - talvolta religiosi - sottesi al suo rifiuto. Stessa cosa accade per lo *ius poenitendi* (o la libertà di cambiare opinione religiosa), rispettato e garantito dalla modificabilità e/o revocabilità in ogni tempo delle *DAT* e della *Pianificazione condivisa delle cure*, che possono sempre adeguarsi alla nuova idea religiosa eventualmente abbracciata dal paziente.

La legge n. 219 del 2017 presenta, infine, un ultimo - ma non meno importante - pregio: responsabilizza colui che compie la scelta terapeutica anticipata, dandogli tutte le informazioni necessarie a prendere la

¹⁵⁹ Cfr. F. PAPINI, *Rispetto della persona umana*, cit., p. 101.

¹⁶⁰ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni*, cit.

¹⁶¹ R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 3, 2017, p. 952. Per l'A., la persona “deve essere rispettata nella sua dichiarata volontà di non essere sottoposta a un determinato trattamento sanitario, o di esserlo; di essere pienamente informata sulle proprie condizioni di salute o di non esserlo, indicando magari un familiare a ricevere tali notizie; di essere trattata in modo da non soffrire durante la malattia, oppure no, volendo - se credente - dedicare al proprio Dio quelle sofferenze; di poter pienamente salvaguardare il proprio corpo da trattamenti indesiderati quando non si sarà capaci di poter esprimere una volontà consapevole e una decisione coerente alle proprie convinzioni”.



decisione “migliore” per il suo benessere psico-fisico complessivo. La scelta viene operata dal titolare del diritto all’esito di un processo informativo serio ed esaustivo, che gli assicura l’acquisizione di tutte le indicazioni sulle possibili conseguenze mediche che potrebbero derivare dalla sua decisione¹⁶². Questo passaggio costituisce un’innovazione nient’affatto trascurabile. Prima della riforma, infatti, i tentativi di fissare un dissenso futuro non erano preceduti da alcuna fase informativa tecnica; pertanto, non era raro il caso in cui il disponente non aveva piena consapevolezza degli effetti clinici prodotti dalla sua manifestazione di volontà. Ora egli è messo in condizione di conoscere *ex ante* cosa accadrà laddove decidesse di esprimere il rifiuto per uno o più trattamenti sanitari futuri¹⁶³. Tutto ciò si riflette anche nel nostro campo d’indagine. Qualora le motivazioni sottese al dissenso abbiano natura religiosa (e pensiamo al caso del fedele che vuole rifiutare le trasfusioni future), l’esistenza di un serio momento informativo permette al paziente-fedele di fare proprie quelle minime conoscenze tecnico-scientifiche che gli consentono di effettuare, in cuor suo, un sereno e consapevole bilanciamento tra diritto alla salute e libertà religiosa, tra benessere fisico e benessere spirituale, e in ultima analisi di compiere una scelta davvero libera.

¹⁶² Cfr. artt. 4 e 5. L’obbligo informativo può ritenersi effettivamente soddisfatto soltanto laddove non rappresenti un mero formalismo o una sterile comunicazione di informazioni incomprensibili all’uomo medio, ma si concretizzi in una informativa seria, che si estenda anche alla descrizione delle possibili cure alternative e della loro efficacia. Sull’importanza di tale fase informativa nella nuova disciplina, cfr. Cass., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28985, con commenti di **P. FRATI, A. CAMPOLONGO, R. LA RUSSA, M. SCOPETTI, V. FINESCHI**, *Violazione del consenso informato*, cit., p. 1364 ss., e di **M. RODOLFI**, *L’informazione giusta è un diritto fondamentale di chi è ammalato*, in *Gli speciali di Guida al diritto/Il Sole 24 Ore. La nuova responsabilità sanitaria. La Cassazione cambia le regole dei risarcimenti*, dicembre 2019, p. 47 ss., secondo cui l’obbligo informativo “ha trovato [...] definitivo inquadramento come obbligo *ex lege*, la cui violazione integra responsabilità penale e civile, negli artt. 1, commi 3-6, 3, commi 1-5, e 5 della legge 22 dicembre 2017, n. 219”.

¹⁶³ L’esaltazione dell’autodeterminazione terapeutica del paziente avviene, però, nei limiti puntualmente descritti dal legislatore. Si tenga presente, infatti, che ai sensi dell’art. 4, quinto comma, della legge n. 219 del 2017, le DAT “possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell’articolo 3”. Analogamente sembra disporre l’art. 5, quinto comma, per la *Pianificazione condivisa delle cure*, il quale rinvia all’articolo precedente per tutto quanto da esso non previsto.



Prima di concludere, si segnala una recentissima sentenza della Corte di Cassazione, che si pronuncia su una vicenda avvenuta prima della riforma del 2017 ma decisa solo nel dicembre 2020, ed è innovativa sotto molti punti di vista¹⁶⁴. Il caso riguarda una paziente testimone di Geova che accettava di sottoporsi a un intervento di laparotomia, rifiutando al contempo ogni trasfusione risultata eventualmente necessaria nel corso dello stesso. Durante l'operazione la trasfusione di sangue diventava indispensabile per salvargli la vita, pertanto i sanitari decidevano di praticarla nonostante la preventiva opposizione della paziente. In un caso analogo, deciso nel 2007, la Cassazione aveva ritenuto legittimo il comportamento dei medici, poiché - diceva la Corte - il dissenso era stato manifestato in una condizione clinica diversa e, quindi, non era più attuale¹⁶⁵. Nel caso deciso il 23 dicembre 2020, invece, gli Ermellini adottano una soluzione opposta. Essi ritengono che "il testimone di Geova [...] ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione anche con dichiarazione formulata prima del trattamento sanitario", che nel caso di specie non aveva la forma della *Pianificazione condivisa delle cure* (non ancora vigente). E aggiungono che

"l'accettazione dell'intervento di laparotomia esplorativa non ha implicato l'accettazione anche dell'emotrasfusione. La dichiarazione anticipata di dissenso all'emotrasfusione, che possa essere richiesta da un'eventuale emorragia causata dal trattamento sanitario, non può dunque essere neutralizzata dal consenso prestato a quest'ultimo".

La Corte fissa così una regola nuova, che potrà risultare utile sia per risolvere vicende avvenute prima della riforma ma ancora *sub iudice*, sia per decidere quei casi post-riforma nei quali il paziente abbia manifestato il proprio dissenso alla trasfusione senza adoperare gli strumenti delle DAT o della *Pianificazione condivisa delle cure*.

7 - (segue) Gli spazi di obiezione di coscienza del personale medico sanitario

L'effetto espansivo dell'autodeterminazione terapeutica e della libertà religiosa dovuto alla legge n. 219 del 2017 non trova continuità, quantomeno in via esplicita, rispetto a un altro tema caldo che aveva interessato a lungo il dibattito dottrinario. Il riferimento è all'obiezione di

¹⁶⁴ Cass., sez. III, 23 dicembre 2020, n. 29469.

¹⁶⁵ Cass., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211.



coscienza del sanitario che si trovi nella situazione di dover eseguire una determinazione terapeutica di fine-vita, voluta dal paziente ma contraria alle sue credenze religiose; argomento al quale la legge nemmeno accenna.

La sussistenza di un bisogno di tal tipo non deve sorprendere. L'identità e le convinzioni religiose non influenzano solo le azioni del malato, ma anche quelle del personale sanitario. Né si può sostenere che i medici e gli infermieri siano sempre obbligati a eseguire ogni richiesta del paziente, in ragione della qualità che rivestono e/o della funzione che svolgono¹⁶⁶. Al contrario, la previsione di spazi di rilevanza delle convinzioni etiche, morali, filosofiche e religiose di questi soggetti è un dato ormai acquisito.

Già verso la fine degli anni Settanta, la legge sulla interruzione volontaria di gravidanza riconosceva al personale sanitario la possibilità di non prender parte alle procedure di aborto, tranne nel caso in cui la particolarità delle circostanze avesse reso indispensabile il loro intervento per salvare la vita della donna in imminente pericolo¹⁶⁷. Ma anche prima di questa legge, il legislatore e la giurisprudenza costituzionale avevano iniziato a concedere rilievo alla coscienza del singolo, introducendo ipotesi obiettorie a settori differenti¹⁶⁸. Così come, nei decenni successivi, hanno esteso l'obiezione ad altre sezioni della branca medico-scientifica¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Questa conclusione non è affatto unanime. Una parte della dottrina sostiene, infatti, che le obiezioni avanzate dal personale sanitario non consistono "nel respingere un obbligo che [...] grava su tutti i cittadini indistintamente e indipendentemente dalle loro scelte, ma nel rifiutare una prestazione legittima" (C.A. VIANO, *La coscienza: voci e mistificazioni*, in *Notizie di Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, n. 101, 2011, p. 27), che impegna l'obiettore in ragione della sua libera scelta di operare alle dipendenze di un ente "che ha come missione specifica quella di fornire al pubblico un servizio il cui contenuto è definito dalla legge" (V. ZAGREBELSKY, *Una disciplina per l'obiezione*, in *La Stampa*, 9 agosto 2012, p. 29). Pertanto, continua Zagrebelsky, la libera assunzione del rapporto "implica [...] l'accettazione del relativo dovere e l'esclusione di obiezioni", pena, laddove si tratti di un servizio pubblico, la violazione del dovere costituzionale di adempiere con disciplina e onore alle funzioni affidate; l'unica libertà riconosciuta è quella di "orientarsi professionalmente altrove". In verità, come spiega ottimamente Maria Chiara Ruscazio, siffatta ricostruzione contrasta con il principio di bilanciamento, "in quanto presuppone l'assoluta e aprioristica prevalenza...[del] dovere di fedeltà alla Repubblica [...] o [dei] doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" (M.C. RUSCAZIO, *Preferirei di no. Le ragioni dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, fasc. 2, 2014, p. 396).

¹⁶⁷ Cfr. art. 9, legge n. 194 del 1978, che riconosce la facoltà di astenersi, stabilisce i modi e i tempi per manifestare l'astensione e prevede, al quinto comma, i casi in cui l'obiezione non può essere invocata.

¹⁶⁸ Negli anni Sessanta e Settanta si verifica "una trasfigurazione dell'istituto



L'obiezione di coscienza consiste nel rifiuto dell'individuo di osservare un determinato precetto ordinamentale cogente perché contrario alla sua normativa interiore, di coscienza¹⁷⁰. Essa crea una certa divaricazione tra legge e intimo sentire, che contrappone l'esigenza di garantire il rispetto e la fermezza delle norme statali, al bisogno di assecondare quei precetti del foro interno dell'agente che si trovano in distonia con le leggi dello Stato.

giuridico" dell'obiezione di coscienza, in ragione della quale "l'obietto è visto come interprete di valori che anticipano il futuro, nuove leggi e costumi. L'obiezione avrebbe così un significato profetico, creerebbe un'alternativa a vecchie concezioni e principi", C. **CARDIA**, *Principi di diritto ecclesiastico*, cit., p. 250. Analogamente, cfr. **S. LARICCIA**, *L'obiezione di coscienza in Italia: vent'anni di legislazione e di giurisprudenza*, in *Dir. eccl.*, I, 1992, p. 282 ss. Ne sono testimonianza l'operato del legislatore, che innova la materia a partire dalla legge sull'obiezione di coscienza al servizio militare (legge 15 dicembre 1972, n. 772), quello della Corte costituzionale, che celebra la rilevanza giuridica dell'obiezione di coscienza pur in assenza di una sua espressa menzione nel testo costituzionale, esaltandone la funzione strumentale alla libertà di coscienza, così come il lavoro svolto dalla dottrina all'interno della comunità accademica e non solo.

¹⁶⁹ Cfr. legge 12 ottobre 1993, n. 413, recante "norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale"; legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita", con particolare riferimento all'art. 16.

¹⁷⁰ «Con il termine obiezione di coscienza (OC) si definisce il comportamento non violento di chi rifiuta osservanza a una norma giuridica positiva in base a motivazioni assiologiche - e non meramente psicologiche - derivanti da un "dover essere" espresso dalla normatività della propria coscienza: ciò vale a distinguere la fenomenologia dell'OC dalla comune trasgressione alla legge e a qualificarla come una forma non arbitraria e occulta di disobbedienza, perché fondata su "motivi di coscienza", e manifestata secondo modalità intenzionalmente pubbliche»: **V. TURCHI**, *Obiezione di coscienza*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XII, 1995, p. 520. Per altre significative definizioni, cfr. **F.C. PALAZZO**, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, 1979, p. 539; **A. GUARINO**, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene, Napoli, 1992; **R. BERTOLINO**, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 9; **G. DAMMACCO**, *L'obiezione di coscienza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. BOTTA, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, pp. 114-115; **C. CARDIA**, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2009; **ID.**, *L'obiezione di coscienza. Seminario "Archivio Giuridico" - 15 ottobre 2013*, in *Arch. giur.*, 2013, p. 400; **S. TALINI**, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 2, 2017, pp. 2-3; **F. MASTROMARTINO**, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 1, 2018, p. 165; **R. BENIGNI** (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, cit., p. 73 ss.



Una frizione di tal tipo può riguardare anche il personale sanitario che deve dare concretezza alla scelta terapeutica di interrompere cure salvavita oppure, in maniera analoga, alle DAT o alla *Pianificazione condivisa delle cure* che stabiliscono lo spegnimento dei macchinari al verificarsi di determinate condizioni cliniche¹⁷¹. In queste ipotesi il medico è chiamato a un comportamento commissivo capace di determinare la morte del paziente. Di qui, il possibile contrasto tra il suo dovere professionale e le sue convinzioni interiori.

In fase di elaborazione della legge n. 219 del 2017, il tema venne discusso in dottrina, gran parte della quale si interrogava sull'opportunità di prevedere o meno una ipotesi specifica di obiezione di coscienza. Alcuni concludevano in maniera positiva, auspicando l'introduzione nel nuovo impianto normativo di una disposizione espressamente dedicata a tale forma obiettoria¹⁷²; altri invece si mostravano più refrattari, ritenendo che una simile previsione avrebbe di fatto limitato la libertà terapeutica del paziente. I sostenitori della seconda tesi affermavano, e affermano tuttora, di non riuscire a comprendere -

“ovviamente nell'ottica laica o meglio della norma costituzionale sul rispetto della persona umana - quale superiore interesse morale del medico debba essere salvaguardato e preferito rispetto a quello della persona che ha previamente deciso quale trattamento egli ritenga lesivo del rispetto da riconoscersi alla propria persona. A quale costrizione è sottoposto il medico, tale da ledere la propria morale, la propria coscienza, nel rispettare le DAT a suo tempo espresse?”.

E concludono che

“non ha senso, e non ha nulla a che vedere con l'obiezione di coscienza nel significato originario e proprio del termine, rifiutarsi [...] di rispettare le dichiarazioni anticipate di trattamento, che riguardano esclusivamente la persona che le ha espresse”¹⁷³.

¹⁷¹ Non si pone, invece, per il sanitario che riceva il rifiuto del paziente a iniziare un trattamento sanitario nuovo, non ancora cominciato. In questo caso il sanitario non deve porre in essere una azione commissiva (come l'interruzione), ma deve semplicemente rispettare la volontà altrui tenendo un comportamento omissivo.

¹⁷² *Ex multis*, cfr. F. FRENI, *Le carte di autodeterminazione*, cit., p. 218 ss., il quale afferma: “solo attraverso un intervento legislativo che predisponga tutta questa articolata organizzazione umana e materiale al servizio della dignità del paziente e delle altre persone coinvolte nell'esperienza del trattamento sanitario, le Carte di autodeterminazione del malato potranno essere considerate ed utilizzate come codici etici sul senso della vita” (p. 219).

¹⁷³ R. CLARIZIA, *Autodeterminazione*, cit., pp. 955-956.



Secondo il loro punto di vista, quindi, il sanitario chiamato a dare materiale attuazione alla decisione di fine-vita assunta dal paziente è obbligato a eseguire la volontà terapeutica sempre e comunque, in ottemperanza ai suoi obblighi professionali e a prescindere da ciò che gli impone la sua coscienza o la sua identità.

Siffatta impostazione crea tuttavia una relazione asimmetrica tra medico e paziente a esclusivo sfavore del primo, la quale è poco rispettosa del principio del bilanciamento tra diritti¹⁷⁴. Viceversa, è proprio la corretta applicazione di questo principio che consente di raggiungere un'armonia tra interessi contrapposti più consona e in linea con la nostra esperienza costituzionale.

Il principio del bilanciamento tende a trovare un punto di equilibrio tra diritti concorrenti, capace di tutelare entrambi i valori in gioco, realizzare il minor sacrificio possibile di ognuno ed evitare la creazione di una gerarchia astratta e predeterminata di diritti che la Corte costituzionale ha sempre negato.

«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione - afferma la Consulta - si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro" (sent. 264/2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»¹⁷⁵.

Ed è quanto accadrebbe laddove il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente che vuole interrompere le cure salvavita prevalessse, sempre e comunque, sui diritti di coscienza del sanitario obbligato a eseguire materialmente un comportamento che non riesce ad accettare.

La coscienza individuale del medico rappresenta del resto per la Corte "un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (così detta obiezione di coscienza)"¹⁷⁶. Un

¹⁷⁴ In generale sul principio di bilanciamento, cfr. **R. BIN**, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992. Sull'importanza del bilanciamento in materia obiettorica, cfr. **M.C. RUSCAZIO**, *Preferirei di no*, cit., pp. 391-392.

¹⁷⁵ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

¹⁷⁶ Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 467. Sulla connessione dell'obiezione di coscienza



diritto, quindi, che deve bilanciarsi e contemperarsi con gli altri, e che non può patire il massimo sacrificio per consentire la massima tutela di un valore concorrente e di pari rango. Tanto accadrebbe, infatti, laddove all'autodeterminazione terapeutica del paziente venisse riconosciuta un'estensione tale da imporre a un terzo (il sanitario) la totale e radicale rinuncia ai suoi diritti di libertà religiosa e di coscienza. In una situazione del genere, i diritti di quest'ultimo subirebbero un azzeramento, obbligando il titolare ad agire contro la sua coscienza, che peraltro in tal caso rispecchia la volontà di proteggere un valore centrale nel nostro impianto costituzionale, ossia il diritto alla vita.

È necessario, quindi, trovare il giusto equilibrio tra i due gruppi di diritti, che dia il meritato rilievo tanto all'art. 32, quanto ai diritti di coscienza del sanitario, ed eviti che la libertà di coscienza del malato possa limitare la libertà di coscienza del medico¹⁷⁷, o viceversa. In tal senso un apprezzabile compromesso potrebbe identificarsi nel riconoscimento al medico di un diritto all'obiezione di coscienza limitato alle sole ipotesi in cui la sua azione commissiva determini la morte del paziente che abbia dichiarato di voler interrompere o sospendere la cura salvavita. una soluzione del genere, a nostro avviso, non comprimerebbe l'autodeterminazione terapeutica del paziente per tre motivi: innanzitutto, perché l'obiezione non si estende a ogni trattamento sanitario, ma riguarda soltanto le cure salvavita; in secondo luogo, perché essa investe le sole azioni commissive e non anche quelle omissive, che se venissero incluse nella sfera dell'obiezione consentirebbero al sanitario di praticare (per motivi di coscienza) un trattamento salvavita non voluto dal paziente-titolare del diritto¹⁷⁸; da ultimo, si osserva in dottrina, perché la richiesta del paziente di interrompere le cure salvavita non suffraga quelle ragioni di urgenza che potrebbero determinare un danno irreparabile in caso di difficoltà a trovare nell'immediatezza un medico non obiettore (come

al principio del primato della persona come valore in sé, cfr. **G. DALLA TORRE**, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico. Atti del Convegno di Studi di Modena (30 novembre - 1 dicembre 1990)*, a cura di R. BOTTA, Giuffrè, Milano, 1991, p. 28; **A. GUARINO**, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., p. 24 ss.; **V. TURCHI**, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, ESI, Napoli, 2009, p. 74; **M.C. RUSCAZIO**, *Preferirei di no*, cit., p. 388 ss.

¹⁷⁷ Così si esprime **F. FRENI**, *Le carte di autodeterminazione*, cit., p. 218.

¹⁷⁸ In altre parole, se il paziente chiedesse al medico di astenersi dal trattamento che gli salva la vita, quest'ultimo non potrebbe farlo in essere per motivi di coscienza.



accade ad esempio per l'aborto)¹⁷⁹. Allo stesso tempo, la soluzione proposta non pregiudicherebbe nemmeno i diritti di coscienza del medico, al quale verrebbe riconosciuto uno spazio di obiezione adeguato alle sue esigenze identitarie essenziali, che però non si estende a qualsiasi trattamento sanitario (indi, non gli consente di assumere un atteggiamento di disobbedienza generalizzata agli obblighi professionali cui è sottoposto). Parafrasando Ronald Dworkin, egli potrà così vantare il diritto di non agire in un modo che reputa contrario al suo senso dell'importanza morale di una persona, anche se quest'ultima lo vorrebbe¹⁸⁰.

La soluzione in commento comprime una porzione di diritti di entrambe parti in gioco poiché è "frutto di una ponderazione di valori e diritti, la quale per definizione implica il sacrificio di determinate possibilità di realizzazione pratica di ciascuno di essi". Tuttavia,

"tale imperfetta protezione dei beni concorrenti [...] appare comunque meno 'costosa' dell'integrale soppressione di un diritto o di un valore in favore della tutela ottimale del diritto o valore confliggente, che in un ordinamento di democrazia pluralista dovrebbe sempre rimanere l'*extrema ratio*"¹⁸¹.

Le considerazioni *de iure condendo* che precedono non trovano riscontro esplicito nelle norme che compongono la legge n. 219 del 2017. Come si anticipava a inizio paragrafo, il complesso normativo non dedica alcuna disposizione legislativa espressa alla tematica dell'obiezione di coscienza. A prima vista tale mancanza induce a ritenere che il legislatore abbia classificato l'ipotesi obiettorica tra quelle non meritevoli di tutela. Suffraga questa conclusione l'art. 1, sesto comma, I parte, per il quale "il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il

¹⁷⁹ "La mancata previsione dell'obiezione di coscienza [nella legge n. 219 del 2017] è tanto più irragionevole in quanto, a differenza di quanto prospettato per l'aborto, in questo caso non vi sono nemmeno quelle ragioni di urgenza irreparabile per la gestante derivante dall'asserita difficoltà di reperire in alcune strutture medici non obiettori", P. CAVANA, *Diritto alla salute, libertà religiosa e obiezione di coscienza*, in *Valetudo et religio. Intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, a cura di B. SERRA, Giappichelli, Torino, 2020, p. 151.

¹⁸⁰ Cfr. R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, p. 353, il quale riconosce "il diritto di non agire in modo che reputiamo negare il nostro senso dell'importanza morale di una persona, anche se quest'ultima preferirebbe che lo facessimo".

¹⁸¹ Gli ultimi due virgolettati richiamano entrambi M.C. RUSCAZIO, *Preferirei di no*, cit., p. 408.



trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale". Accanto a queste disposizioni, si pongono poi gli artt. 4 e 5, che obbligano il medico a rispettare il contenuto delle DAT o della *Pianificazione condivisa delle cure*. Tutto lascia propendere per la primazia dell'autodeterminazione terapeutica del paziente, capace di prevalere anche sulla coscienza dei membri del personale sanitario¹⁸².

In verità, un'analisi più approfondita della legge n. 219 del 2017 offre conclusioni diametralmente opposte¹⁸³. Interessante è la ricostruzione di Paolo Cavana, per il quale il perimetro della questione è molto diverso da ciò che appare *prima facie*¹⁸⁴. Egli pone l'accento sulla seconda parte dell'art. 1, sesto comma, ove si legge: "il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali". Questa disposizione apparentemente neutra apre il vaso di Pandora e sovverte i termini della questione. I suoi riferimenti all'inesigibilità dei trattamenti contrari alle norme deontologiche e, poco dopo, alla sostanziale libertà del medico di rifiutare i trattamenti contrari alle norme deontologiche rovesciano le precedenti conclusioni.

Occorre osservare che il *Codice di deontologia medica* del 2018, al pari di quello del 2014, da un lato obbliga il medico a non effettuare o favorire atti finalizzati a provocare la morte del paziente, anche se questi lo richieda (art. 17), dall'altro riconosce al sanitario la potestà di rifiutare la prestazione professionale contraria alla propria coscienza (art. 22). In linea generale le sue regole, in quanto deontologiche, non hanno rilevanza propriamente giuridica. Nel caso di specie, però, l'esplicito richiamo operato dal legislatore conferisce loro un valore differente. Anzi, secondo l'autorevole studioso,

"la formulazione della legge, con l'esplicito ma generico rinvio alla deontologia medica, cui viene conferita *ex lege* valore di fonte primaria, sembra [...] aver addirittura ampliato l'ambito di tutela

¹⁸² Una parte della dottrina ritiene che un'interpretazione letterale della legge n. 219 del 2017 escluda la previsione dell'obiezione di coscienza: cfr. E. CANALE, I. DEL VECCHIO, *La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, in *Giurispr. penale web*, fasc. 1-bis "Questioni di fine vita", 2019.

¹⁸³ Cfr. D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018.

¹⁸⁴ Il riferimento è a P. CAVANA, *Diritto alla salute*, cit., p. 143 ss., il quale si schiera apertamente in favore della previsione di tale ipotesi di obiezione di coscienza.



della libertà di coscienza del medico, che risulta estesa a ogni prestazione richiesta dal paziente¹⁸⁵.

In altre parole, sembra avere assegnato al medico la facoltà di rifiutare l'espletamento di qualsiasi trattamento sanitario contrario alla sua coscienza, anche se non esiziale per il paziente.

La genericità del rinvio operato dal legislatore e tutti i problemi interpretativi che ne derivano rende inevitabile un intervento della giurisprudenza, la quale dovrà accertare caso per caso la sussistenza o meno dei presupposti per consentire al medico di esercitare la sua libertà di coscienza, così come declinata dalla legge n. 219. Tutto ciò - continua sempre Cavana - produce effetti negativi sulla posizione del sanitario il quale, da un lato, vive nell'incertezza dell'estensione di un suo diritto, dall'altro rischia il radicarsi di un orientamento pretorio che lo trasforma in un mero esecutore della volontà del paziente¹⁸⁶.

Ai rischi paventati, e in particolare al timore della sedimentazione di una giurisprudenza che esalti l'autodeterminazione del paziente e mortifichi il ruolo del medico, si aggiunge a nostro parere il pericolo opposto: l'attecchimento di un indirizzo giurisprudenziale che riconosce al sanitario margini di obiezione talmente ampi da trasformarlo nuovamente nel *genius loci* ottocentesco che impone al paziente la cura ritenuta "migliore" sulla scorta delle sue convinzioni scientifiche e morali¹⁸⁷.

Insomma, in tema di obiezione di coscienza del personale sanitario, la scelta del legislatore del 2017 sembra scontentare tutti. Non introduce disposizioni specifiche a tutela di un diritto a rilevanza costituzionale, deludendo le aspettative di chi auspicava una sua protezione esplicita¹⁸⁸.

¹⁸⁵ P. CAVANA, *Diritto alla salute*, cit., pp. 149-150. Negli stessi termini si esprimono anche M. DI PAOLO, F. GORI, L. PAPI, E. TURILLAZZI, *A review and analysis of new Italian law 219/2017: "provisions for informed consent and advance directives treatment"*, in *BMC Medical Ethics*, 20, 17, 2019. Al contrario, criticano siffatta visione P. TOZZO, M. SANAVIO, C. SALASNICH, L. CAENAZZO, *Conscientious objection in Italian law n. 219/2017: a space for reflection still to be traced*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2020, p. 282.

¹⁸⁶ Cfr. P. CAVANA, *Diritto alla salute*, cit., p. 150 ss.

¹⁸⁷ Significativo in tal senso può essere il richiamo alla sentenza della Corte d'App. di Trieste, Sez. I pen., del 2 luglio 2018, che ritiene non punibile la farmacista che, per motivi di coscienza, si era rifiutata di vendere il "Norlevo" (pillola del giorno dopo). La *ratio decidendi* della sentenza si fonda, in verità, sulle specifiche circostanze del caso concreto, che rendono il fatto particolarmente tenue (art. 131 bis c.p.). Al contempo, però, apre spazi di legittimità (o meglio, di non illegittimità) di ipotesi obiettorie non previste dalla legge.

¹⁸⁸ Tra i delusi rientra anche quella dottrina che ritiene opportuna la pronuncia di



Richiama, però, in via generica e generale le norme deontologiche mediche, che dedicano una certa attenzione all'istituto in oggetto e suscitano la repulsione di chi ritiene che il riconoscimento dell'obiezione limiti l'autodeterminazione del paziente. Effettua, infine, un rimando così generico al codice deontologico da impedire l'individuazione chiara e definitiva dei confini dell'obiezione di coscienza del sanitario, i cui limiti saranno verosimilmente stabiliti dalla giurisprudenza, la quale però potrebbe oscillare tra due estremi, scontentando ancora l'una o l'altra parte del rapporto.

Un intervento preciso e circostanziato del legislatore in una materia così delicata sarebbe stato ossigeno puro. Non è stato fatto nel 2017, ma resta l'auspicio che venga operato al più presto¹⁸⁹.

illegittimità costituzionale parziale della disposizione normativa, nella parte in cui non prevede espressamente l'obiezione di coscienza: cfr. **L. D'AVACK**, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 1, 2018; **L. PALAZZINI**, *Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2018; **P. TOZZO**, **M. SANAVIO**, **C. SALASNICH**, **L. CAENAZZO**, *Conscientious objection*, cit., pp. 282-283.

¹⁸⁹ Oltre a **P. CAVANA**, *Diritto alla salute*, cit., auspica un intervento legislativo risolutivo **C. GAGLIARDI**, *Obiezione di coscienza o autonomia professionale del medico nella legge n. 219 del 22 dicembre 2017?*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 3, 2019.